Das Kündigungsrecht des Bestellers beim Werkvertrag.

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Johann-Karl Bosse
Referendar in Hannover.

Druck von H. Osterwald, Hannover.

1911.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Bernhöft.

Meinem lieben Vater
in Dankbarkeit zugeeignet!

Hannover, Juli 1911. Der Verfasser.

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.

Archiv für bürgerliches Recht, hrsg. von Kohler. Bde.: 13 und 20.

Archiv für die zivilistische Praxis, hrsg. von Franklin usw. Bd.: 13.

Archiv für Rechtsfälle des Obertribunals, hrsg. von Striethorst, Bde.: 43 und 87.

Arndts v. Arnsberg, Pandekten, 13. Aufl. von Pfaff und Hofmann, Stuttgart 1886.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot usw. Bde.: 46, 48, 51.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1904.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Hoffmann, Brückner usw. (BGB-Kommentar von Reichsgerichtsräten) I. Bd. Nürnberg und Leipzig.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig. Bde.: 11 und 22.

Code civil von 1804.

Corpus juris civilis I., Ed. W. Krueger und Mommsen, Berlin 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 2. Aufl. Jena 1899.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg i. Br. 1897.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig. 1902.

Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche nach dem B. G. B. München 1907.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II. Die Schuldverhältnisse; 1. Abteilung. Halle 1905. 2. Abteilung Halle 1906.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. 2. 3. Aufl. Halle 1882.

Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. II. Bd. Berlin 1894.

Eichhoff, Über die compensatio lucri cum damno. Dissert. Kiel 1898.
Emerich, Kauf- und Werkverdingungsvertrag. 1899.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Bd. 8. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg 1908. I. Bd. 3. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bde.: 7, 15, 74.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, hrsg. von den Räten des Gerichtshofes. Bd.: 4; 11.
Entscheidungen des Königlichen Obertribunals. Amtl. Ausgabe. Bd. 19.
Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet durch die von den Regierungen in Österreich usw. hierzu abgeordneten Kommissionen und im Auftrage der Kommission herausgegeben v. Dr. B. Francke-Dresden. 1866.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. I. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. II. Lesung. Amtl. Ausgabe 1895.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bundesratsvorlage. Amtl. Ausgabe. 1898.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Reichstagsvorlage. Amtl. Ausgabe. Berlin 1896.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen. München 1904.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896. Bd. 2.
Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Aufl. Berlin 1899.
Gai Institutiones, ed. Krueger et Studemund. Berolini MDCCCXCIX.
Gierke, Das bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag. Berlin 1896.
Goldmann und Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. I. Bd. Allgem. Teil und Recht der Schuldv., 2. Aufl. Berlin 1903.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.
Heidelberger kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 2.
Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte nach deutschem Reichsrecht usw. Leipzig 1899.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. München 1900.
Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1. Bd. 6. Aufl. Leipzig-Berlin 1904.

Ihering und Unger, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bde.: 3, 13, 17, 27.

Ihering, Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 41.

Immerwahr, Die Kündigung historisch und dogmatisch dargestellt. Breslau 1898.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1900.

Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1902; 1907.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach bürgerlichem Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Teil. Berlin 1906.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Leipzig. Bd. 1. 1902. Bd. 2. 1908.

Martius, Der Bergführervertrag. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Rechtsverhältnisse. Braunschweig 1853.

Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschweig 1859/79.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II. Amtl. Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I Bd. 4. Aufl. Berlin 1905.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl. Berlin 1910.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.

Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, I. und II. Bd. Berlin 1895.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, hrsg. von Soergel. München-Hannover. Jahrg.: 1904, 1907, 1909.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann. Leipzig. Bde.: 2, 4, 7, 13, 17.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Bd. Berlin 1903.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerl. Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904.

Schweiz. Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881.

Sempell, Gemeinrechtliche Streitfragen auf dem Gebiete der Werkverdingung und ihre Entscheidung durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Erlanger Dissert. 1899.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bde.: 1, 10, 18, 33, 35, 40, 50, 51, 55, 57, 62.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bde.: 35, 62.

Sintenis, Gemeines Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 2. Bd. Berlin 1907.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 2. Bd. 5./6. Aufl. 1910. München und Berlin.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Walsmann, compensatio lucri cum damno. Rostocker Dissert. 1900.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt. Bd. 48.

Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Grünhut. Wien. Bd. 28.

Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht, begründet von Puchelt. Mannheim. Bd. 35.

Zubke, Das Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim Werkvertrage nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Rostocker Dissert. 1908.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Auf wenigen Gebieten der Rechtswissenschaft sind soviele Kämpfe von den Federn der Juristen ausgefochten worden, als auf dem Gebiete der alten locatio conductio i. w. S. Einen Teil der Streiter hat das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch zum Schweigen gebracht, aber andere haben durch Gesetz und Doktrin noch Verstärkung erhalten. Eine endgültige Entscheidung ist auch für die nächste Zukunft noch nicht zu erwarten. Wer zu einer bestimmten Frage aus dem angegebenen Gebiete Stellung nehmen will, muß sich meist dabei dem Studium eines großen Teils der anderen Kontroversen unterziehen, um klar sehen zu können. Wenn wir uns im folgenden das Problem stellen, **das Kündigungsrecht des Bestellers beim Werkvertrag** eingehend kritisch zu beleuchten, so können wir es nicht vermeiden, auf die Stellung des Werkvertrages im Rechtssystem, seine Grenztypen, sowie auch den Begriff und das Wesen der Kündigung in beschränktem Maße einzugehen. Damit im Laufe der Abhandlung möglichst alle denkbaren Variationen in das Bewußtsein treten, andererseits aber der Zusammenhang durch fundamentale Ausführungen in den besagten Richtungen nicht gestört wird, werden diese voran geschickt.

§ 1. A. Der Werkvertrag:

I. Seine Stellung im Rechtssystem und sein Begriff.

Die allgemeine Arbeitsteilung, auf der unser ganzes Wirtschaftsleben heute beruht, zwingt den einzelnen, einen Teil der von ihm begehrten materiellen und ideellen Werte durch die körperlichen und geistigen Kräfte seiner Mitmenschen schaffen zu lassen. Dies kann er nur dadurch erreichen, daß ein anderes freies Individuum sich zunächst ver-

pflichtet, für ihn tätig zu werden. Dafür wird in der Regel das Versprechen eines Äquivalents von der Gegenseite gefordert. Nach Abschluß eines solchen Vertrages hat jede Partei die Zuversicht, daß die Gegenseite ihre Verpflichtungen erfüllt, widrigenfalls sie den durch deren Nichtbeachtung entstehenden Nachteil zu beseitigen hat. Eine einseitige Aufhebung ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs nur unter ganz besonderen Voraussetzungen gestattet. Bei einer solchen Aufhebung spricht man, je nachdem sie ex tunc oder ex nunc, d. h. auf den Vertragsschluß zurück wirkt, oder nur für die Zukunft gilt, von Rücktritt und Kündigung. Rechtsverhältnisse der genannten Art hat man in der jüngeren Jurisprudenz vielfach mit dem Sammelnamen „Arbeitsverträge“ gekennzeichnet und unter ihnen wieder nach dem besonderen Inhalt einzelne Typen unterschieden. Diese sind im System unseres Gesetzesrechts selbständig behandelt, so das Kommissions- und Speditionsgeschäft, der Transportvertrag, der Handlungsagenturvertrag, die Verträge der Handlungsgehilfen, der Heuervertrag, der Verlagsvertrag, der Auswanderungsvertrag, die Verträge des Gesindes und der gewerblichen- und Fabrikarbeiter, der Vertrag der Partei mit einem Rechtsanwalt, Notar oder Gerichtsvollzieher, die Auslobung u. a. Für die große Zahl der aus der Vielseitigkeit der Lebensverhältnisse geborenen übrigen Fälle sind unter dem sechsten und siebten Titel der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch Normen aufgestellt.

Die Paragraphen 611—629 tragen die Überschrift „Dienstvertrag“, die Paragraphen 631—651 die Überschrift „Werkvertrag“. Indem man hiermit abweichend vom ersten Entwurf des B. G. B. eine Differenzierung von Dienstverträgen und Werkverträgen vorgenommen hat, ist man der römisch-rechtlichen Trennung von locatio conductio operarum und locatio conductio operis gefolgt, ohne sie jedoch wie das Römische und auch noch das Gemeine Recht zusammen mit der locatio conductio rei unter den gemeinsamen Begriff der Miete im weiteren Sinne zu bringen. Damit war eine analoge Anwendung der Vorschriften der Sachmiete

auf die beiden abgesonderten Institute unterbunden. Die Gesetzgeber haben sich der Ansicht Windscheids[1]), Danckwardts[2]) u. A., die die Werkverdingung als eine besondere Art des Dienstvertrages ansehen, nicht angeschlossen, sondern jedes Institut hat, entsprechend seinem rechtlichen Charakter, eine von dem andern scharf gesonderte Regelung erfahren. Das läßt sich deutlich ersehen, wenn man die Gefahrtragung und die damit zusammenhängende Zahlung einer Vergütung sowie die beim Dienstvertrage gewährten Privilegien des § 888, Abs. 2 C. P. O. hinsichtlich der Zwangsvollstreckung und des § 61, Ziffer 1 K. O., das Vorzugsrecht beim Konkurs des Dienstberechtigten betreffend; die sozialen Schutzvorschriften, die mit zwingender Wirksamkeit für den Dienstverpflichteten getroffen sind; die Zeugniserteilung sowie vor allem das Kündigungsrecht in beiden Verträgen ins Auge faßt.

Ein Dienstvertrag besteht darin, daß der eine Teil: der Dienstverpflichtete, dem anderen Dienste irgendwelcher Art zu leisten verspricht, wogegen dieser für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft eine Vergütung zu zahlen hat. Es macht dabei für die Natur des Vertrages nichts aus, ob Handdienste (operae illiberales) oder Dienste höherer Art (operae liberales), ob Dienste tatsächlicher oder rechtlicher Art geleistet werden. Gegenstand des Werkvertrages dagegen ist irgend ein vom Unternehmer herbeizuführender Erfolg, der in Produkten materieller oder immaterieller Art, insbesondere in Herstellung oder Veränderung einer Sache bestehen kann. (Vergl. § 631 B. G. B.) Die Erreichung des Erfolges ist für die Fälligkeit der Vergütung entscheidend. Nach dem eben Gesagten ist scheinbar vom Gesetz eine klare Unterscheidung der Dienst- und Werkverträge gegeben. Aber „leicht bei einander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stoßen sich die Sachen“. Ein Teil von praktischen Fällen läßt sich nach den gesetzlichen Kriterien zwar mit Sicherheit unter das eine oder andere der beiden Rechtsinstitute subsumieren. Bei

---

[1]) Windscheid Pandekten § 401.

[2]) Danckwardt in Jherings Jahrbuch Band 13, S. 303, 304.

einer großen Anzahl von Verträgen, vor allem Akkordverträgen, treten aber erhebliche Zweifel darüber auf, ob man es in concreto mit einem Dienst- oder Werkvertrage zu tun habe. Das wird auch in den Motiven zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches[3]) zugegeben. Die Wissenschaft ist deshalb eifrig bemüht, eine Terminologie zu finden, nach der eine reinliche Scheidung der beiden Verträge von einander ermöglicht wird.

II. Seine Grenztypen.

Auch nach anderen Verträgen hin als dem Dienstvertrage sind die Grenzlinien verschwommen. Das gilt vor allem in bezug auf den Kauf. Das B. G. B. hat der im Gemeinen Recht herrschenden Unsicherheit Einhalt geboten.

So dem Streite darüber, ob auf einen Vertrag, bei dem das Werk aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, die Bestimmungen des Werkvertrages oder des Kaufs anzuwenden seien. Gemeinrechtlich ist von der herrschenden Meinung ein derartiger Vertrag nicht mehr als Werkvertrag behandelt, sondern die Veräußerung der Sache als das Primäre gegenüber ihrer Herstellung angesehen und daher Kauf einer res futura angenommen worden[4]). Nur für solche Abmachungen, bei denen der Unternehmer nur Nebensachen zu liefern hatte, z. B. Materialien für ein

[3]) Bd. II. S. 472.

[4]) l. 2. § 1. D. loc. cond. (19. 2); J. 3. 24; Gajus J. III. § 147; Windscheid Pand. § 401 Nr. 3; Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung § 31 (S. 365); Dernburg, Pand. § 113 (S. 309); Arndts Pand. S. 621. Nur Danckwardt (in Iherings Jahrb. Bd. 13, S. 345 betont gegenüber der herrschenden Ansicht, daß es nicht darauf ankomme, ob der artifex Eigentümer der zu bearbeitenden Sache sei. Auch wenn er es sei, liege dennoch ein Werkvertrag vor, wenn er sich nur verpflichtet habe, aus dem ihm übergebenen oder auch nur angewiesenen Gegenstande (der res data der Quellen) das opus herzustellen. Sobald es an einer res data und faciendi necessitas fehle, und der artifex nur zu dare rem factam verpflichtet sei, habe man einen Lieferungskauf vor sich (vgl. hierzu l. 22, § 1. D. loc. cond. (19, 2) und l. 65 D. de contr. empt. (18, 1).

dauerndes Bauwerk auf dem Grund und Boden des Arbeitgebers, verblieb es bei den Vorschriften über den Werkvertrag[5]).

Im Preußischen Recht findet sich die Unterscheidung, wer den Stoff zum Werk geliefert hat, nicht, hier wird immer nach den Regeln der Werkverdingung (die jedoch einen Fachmann voraussetzt) verfahren (A. L. R. I, 11 §§ 925, 956, 976 und Dernburg: Preuß. Privatrecht 2 § 134 S. 338). Das Sächs. B. G. B. (§ 1244), der Code civil (arg. art. 1711 und 1787), und der Dresdener Entwurf teilen die vorherrschende Theorie des Gemeinen Rechts. Auch das heutige B. G. B. ist im wesentlichen gefolgt. Bei Lieferung von Nebensachen und Zutaten durch den Unternehmer wird auch jetzt ein reiner Werkvertrag angenommen. (§ 651 Abs 2). Wann es sich um solche und nicht um Hauptsachen handelt, ist quaestio facti. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B. hat eine weitere Unterscheidung aufgestellt[6]), die ebenfalls in § 651 unter dem Titel des Werkvertrages Gesetz geworden ist. Diese betrifft die Abgrenzung der Fälle von einander, wenn der Unternehmer den Stoff zur Herstellung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen zu beschaffen hat. Beide Verträge haben in der Wissenschaft den gemeinsamen Namen „Werklieferungsverträge“ erhalten[7]). Für Kontrakte, welche die Lieferung einer herzustellenden vertretbaren Sache zum Gegenstande haben, finden ausschließlich die Regeln über den Kauf Anwendung, da hier das Arbeitsverhältnis in den Hintergrund tritt, und solche Waren meist auf Vorrat angefertigt werden[8]). Hat dagegen der Unternehmer bei der Werkanfertigung den Stoff für eine nichtvertretbare Sache zu liefern, so liegt ein

[5]) l. 20 D. de contr. empt. (18, 1.): „quoniam tunc a me substantia proficiscitur.“

[6]) Protokolle II, S. 339. f.

[7]) s. darüber Ehrenberg „Kauf- und Werkvertrag“ (Iherings Jahrb. Bd. 27. Nr. IV); Emerich „Kauf und Werkverdingungsvertrag“; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 273.

[8]) Mot. II, S. 475. Prot. II, S. 339.

gemischtes Geschäft vor. Es untersteht den Vorschriften des Kaufs, wobei jedoch an Stelle eines Teils von diesem, so der Bestimmungen über den Inhalt des Vertrages, den Gefahrübergang und die Mängelhaftung, die Normen des Werkvertrages mit Ausnahme derer über das Pfandrecht treten[9]). Von einem derartigen Vertrage sagt die Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches[10]), daß „die Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung der Sache mittelbar auch die Verpflichtung in sich schließt, die Sache für den Besteller herzustellen“. Durch diese mittelbare Arbeitspflicht erhalte der Vertrag ein besonderes Gepräge, das ihn dem Werkvertrage verwandt mache. Dementsprechend könnten auch die Vorschriften des Werkvertrages nicht ohne Einfluß bleiben. Ob man hiernach einen modifizierten Kauf oder einen modifizierten Werkvertrag[11]) annehmen will, ist praktisch bedeutungslos, denn nach § 651 Abs. 1, Satz 2, Halbs. 2 finden allgemein die Regeln über den Kauf Anwendung. An die Stelle der charakteristischen, einzeln angeführten Paragraphen treten jedoch die Normen des Werkvertrages.

Nach § 675 B. G. B. kann den Gegenstand des Werkvertrages (wie auch des Dienstvertrages) auch eine „Geschäftsbesorgung“ bilden. Diese Vorschrift hat die II. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines B. G. B. geschaffen, um die in Entw. I. §§ 585, 586 durch Zulassung entgeltlicher Aufträge verwischte Grenze zwischen Auftrag und Werkvertrag wieder herzustellen. Durch unglückliche Redaktion ist jedoch nicht klar zum Ausdruck gekommen, wann ein Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Daß dies nicht auf alle Werkverträge zutrifft, wie

---

[9]) Auf einen Werklieferungsvertrag, bei dem ein Teil Kaufmann ist, und es sich um bewegliche Sachen handelt, kommen nur die Vorschriften über den Handels**kauf** zur Anwendung (§ 381 H. G. B.).

[10]) S. 127.

[11]) So Endemann, Einführung in das B. G. B. Bd. I. § 157. 3; ebenso Cosack § 147, I, 3 b. (S. 525).

Matthiaß, Hachenburg und Hellwig[12]) übereinstimmend mit Kipp[13]) annehmen, geht aus der Fassung des Paragraphen hervor, und man kann nicht, wie auch Schollmeyer[14]), „die mangelhafte Fassung des Gesetzes" bei Seite schieben und sagen, daß dessen Standpunkt „offenbar" der sei, daß durch jeden Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung übernommen werde. Ein dahin zielender Wille des Gesetzes läßt sich aus ihm selbst nicht herauslesen; wenn die Redaktoren ihn gehabt haben, so genügt das nicht. Nach den Protokollen[15]) der Kommission für die II. Lesung sollte es der Wissenschaft überlassen bleiben, eine Abgrenzung zu treffen. Es wird dort nur gesagt, daß es sich bei der Geschäftsbesorgung „in der Regel" um eine solche Tätigkeit handle, die „innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn" vorgenommen werde. Danach scheint es also auch eine solche zu geben, die als tatsächliche Verrichtung außerhalb dieses liegt. Der entgegengesetzten Meinung ist Enneccerus[16]). Die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte allein (Staub)[17]) ist m. E. zu eng, denn damit würde zu weit von den Geschäften des Auftrages, die auch tatsächliche umfassen, abgerückt werden. Andererseits werden auch nicht alle entgeltlichen Verträge, die man gemeinrechtlich den Mandat unterstellte, betroffen[18]). Auch eine Tätigkeit, die neben Rechtsgeschäften „die zivilrechtlich anerkannten Rechtsverhältnisse" oder rechtlich das Vermögen des Bestellers

---

[12]) Matthiaß Lehrb. d. bürgerl. R. § 125. VI; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertr. S. 12 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte § 71, Anm. 42, welcher sagt „Geschäftsbesorgung" sei Tätigkeit behufs Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Angelegenheiten, und das treffe auf jeden Werkvertrag zu.

[13]) Bei Windscheid Bd. II. § 339, III.

[14]) Das Recht der einzelnen Schuldv. S. 100. Anm. 2.

[15]) Prot. II. S. 377.

[16]) Lehrb. d. Bürgerl. R. § 384. I. Dem „in der Regel" der Protokolle stellt er als Ausnahme die „Betrauung mit Rechtsgeschäften für Dritte" gegenüber.

[17]) Komm. z. H. G. B. § 362, Anm. 2.

[18]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 293 IV.

berührt[19]), umfaßt m. E. nicht alle Fälle. Die Ausdehnung auf Handlungen außer Rechtsgeschäften, die von unmittelbar ökonomischer Bedeutung für den Besteller sind[20]), oder gar noch die, welche „in Ausübung eines Berufes, der auf Handlungen solcher Art gerichtet ist," vorgenommen werden[21]) entspricht nicht dem landläufigen Sinn von „Geschäftsbesorgung". Auch trifft Crome[22]) nicht die richtige Begrenzung, wenn er die Geschäfte ausnimmt, die die Herstellung und Veränderung von Sachen oder unkörperlichen Gegenständen oder die Beförderung von Gegenständen betreffen. Dasselbe ist von Lotmar[23]) zu sagen, der Urproduktion, Stoffveränderung (gewerbliche Arbeit) und Handlungen an oder mit der Person des Arbeitgebers ausschließt. Ein praktisch immer befriedigendes Resultat wird man erzielen, wenn man außer den Rechtsgeschäften und Geschäften von rechtlicher Bedeutung für den Besteller noch die Geschäfte tatsächlicher Art einbegreift, zu deren Vornahme jemand „öffentlich bestellt ist, oder sich öffentlich erboten hat". Der Ausschluß der für eine gleiche unentgeltliche Tätigkeit gegebenen Vorschriften würde mit dem allgemeinen Rechtsgefühl in Widerspruch geraten. Ein weiteres Eingehen auf die Polemik, die sich in der Wissenschaft über die Geschäftsbesorgung erhoben hat, liegt außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung.

Neben den beiden gesetzlich besonders geregelten Typen: Werklieferungsvertrag und Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung als Gegenstand, verdienen noch zwei häufig vorkommende, aber ohne besondere Regelung gebliebene Vertragformen Beachtung: Entreprisevertrag und locatio conductio operis irregularis. Danckwardt[24]) behauptet, bei einem Vertrage, nach dem der Werklieferer die technische

---

[19]) Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 48, S. 357 und Isay, Geschäftsführung. S. 44. — Endemann a. a. O. § 172. 3 u. Anm. 23 dort.

[20]) Oertmann Komm. z. B. G. B. § 675 Anm. 1, b.

[21]) Riezler, Der Werkvertrag S. 77.

[22]) Partiar. Rechtsgesch. S. 255.

[23]) Arbeitsvertrag Bd. I S. 276 ff.

[24]) a. a. O. S. 306.

Ausführung an einen Dritten verdingen dürfe, könne nicht mehr von einem Werkvertrage, sondern nur von einem „Lieferungskauf“ die Rede sein, da der Spekulant nicht verspreche, das Werk selbst herzustellen, sondern nur, „dafür zu sorgen und einzustehen, daß es hergestellt werde“ (also eine Stipulationsnatur des Vertrages). A. M. sind Windscheid, Dernburg, Riezler[25]). Nach heutigem Recht steht der Wortlaut des § 631 B. G. B. der „Entreprise“ als Werkvertrag nicht entgegen, da hier der Unternehmer nur zur „Herstellung des versprochenen Werkes“, nicht etwa wie der Dienstverpflichtete nach § 613 B. G. B. im Zweifel zur persönlichen Leistung verpflichtet ist. Wie er den Erfolg herbeiführt, ist seine Sache. Er kann daher die Ausführung nicht nur seinen Gehilfen überlassen, sondern auch weiter verdingen. Selbstverständlich kann es sich, z. B. bei einem Kunstwerk, aus der Natur der Sache ergeben, daß die Leistung in Person auszuführen ist. Der gemeinrechtliche Streit über die Natur der Entreprise ist heute unfruchtbar geworden.

Der Vertrag, nach dem der Besteller den Stoff zu liefern hat, der Unternehmer aber statt dessen auch anderes gleichwertiges Material verarbeiten, oder nach dem er bei Transport von Fungibilien andere als die übergebenen übermitteln darf, ist ebenfalls im Gesetz nicht besonders hervorgehoben, obwohl im Gemeinen Recht über seine Rechtsnatur lebhafter Streit geherrscht hat. Wegen der Verschiedenartigkeit der konkreten Fälle dieser sogenannten locatio conductio operis irregularis hat die Auslegung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entscheiden[26]). Meist wird erst ein Werkvertrag anzunehmen sein, da Eigentums- und Gefahrübergang erst bei Verwendung anderen Materials eintritt; das alternative Recht des Unternehmers an sich kann diese Wirkung nicht haben. Nach der Verwendung von nicht vom Besteller gelieferten Material ist der Vertrag nach § 651 zu beurteilen.

---

[25]) Windscheid-Kipp, Pand. § 401 Anm. 3, a; Dernburg, Pand. Bd. 2. § 113 Anm. 12; Riezler, Werkvertrag S. 18. Anm. 7.

[26]) Mot. II S. 477.

§ 2. B. Die Kündigung.

I. Als besonderer Endigungsgrund beim Werkvertrag.

Für den Werkvertrag und seine Grenztypen gelten die allgemeinen Endigungsgründe. Sein normales Ende findet ein solcher Vertrag durch Herstellung des vertragsmäßigen Werkes, dessen Abnahme und Zahlung der Vergütung. Auch auf andere, wegen ihrer allgemeinen Gültigkeit im Titel des Werkvertrages nicht besonders erwähnte Art und Weise kann der Werkvertrag zur Auflösung gelangen. Es kommt dafür vor allem die Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes in betracht, die neben anderen Ereignissen unter Umständen durch den Tod oder die dauernde Unfähigkeit des Unternehmers, in einzelnen Fällen auch des Bestellers, herbeigeführt sein kann. Was die Aufhebung durch den Tod des Übernehmers angeht[1]), so führt Oertmann[2]) m. E. zutreffend aus, daß diese jedenfalls für das gewerbliche Leben — und darin liegen die meisten Fälle — im Zweifel nicht anzunehmen sei. Hier kontrahiert der Unternehmer als Repräsentant des einzelnen von ihm ausgeübten Gewerbebetriebes, und die vom Unternehmer übernommenen Pflichten vererben sich nachher mit dem Betriebe. Beim Tode des Bestellers ist der Unternehmer im Zweifel verpflichtet, an die Erben zu leisten, ebenso wie nach § 672 B. G. B. der Beauftragte seinen Auftrag trotz Todes seines Mandanten auszuführen hat. Es gelten nur folgende Ausnahmen: Der Werkvertrag endet beim Tode eines der Kontrahenten, wenn die Herstellung des Werkes nach dem Inhalte des Vertrages unübertragbar an die Person eines von beiden geknüpft ist. Dies ist der Fall bei ausdrücklicher Vereinbarung, ferner wenn das Werk „mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers bestellt ist", z. B. bei der Verfassung eines wissenschaftlichen Werkes, der Herstellung eines Kunstwerkes. Mit dem Tode des Bestellers findet der Werkvertrag sein Ende, wenn eine

---

[1]) vgl. darüber Mot. II. S. 504/05 und die dort zit. Gesetze und G.-Entw.

[2]) Oertmann Komm. § 649 Anm. 7.

vom Besteller zur Herstellung des Werkes vorzunehmende Handlung aussteht, z. B. bei einer photographischen Aufnahme, einer Operation usw., außerdem wenn nach dem „objektiven Vertragszweck" zu vermuten ist, daß das Werk zu persönlichem Gebrauche des Bestellers so bestimmt war, daß dieser „ein körperliches Substrat des Werkes" bilden sollte[3]); das würde bei Anfertigung eines künstlichen Gebisses z. B. zutreffen. Die Eröffnung des Konkursverfahrens gegen den Besteller hat, falls der Vertrag sich auf die Konkursmasse bezieht, ebenfalls dessen Erlöschen zur Folge (§ 23 K. O.). Neben der selbstverständlichen Aufhebung des Vertrages durch contrarius consensus kann der Unternehmer den Vertrag nach § 643 kündigen, wenn der Besteller mit einer von ihm zur Herstellung des Werkes vorzunehmenden Handlung in Verzug geraten ist, und die ihm mit Androhung der Kündigung gesetzte Nachfrist hat verstreichen lassen, ohne die Handlung vorzunehmen[4]). Ein weiteres Kündigungsrecht des Unternehmers, etwa dem Kündigungsrechte beim Dienstvertrage in § 626: bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes" oder in § 627 entsprechend, ist in keinem Paragraphen des Werkvertrages zu finden. Dem Besteller ist es bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes — unbeschadet der Rechte nach dem Verzuge des Unternehmers aus §§ 326, 361 B. G. B. — nach § 636 B. G. B. gestattet, nach fruchtloser Setzung einer Nachfrist vom Vertrage zurückzutreten. Überraschend wirkt es, daß außer diesen genannten Kündigungs-

[3]) Oertmann Komm. § 649, Anm. 7; allgemeiner: Riezler a. a. O. S. 158; Staudinger Komm. § 649 Anm. I c; Schollmeyer, Einz. Schuldverhältnisse S. 107; Planck Komm. § 631 Vorbem. Nr. 5; Mot. II S. 505.

[4]) Ist eine Ehefrau Unternehmerin, und hat sie als solche das Werk in Person zu leisten, so steht dem Ehemann ein besonderes fristloses Kündigungsrecht zu, falls das Vormundschaftsgericht ihn dazu ermächtigt, weil es eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen durch die auf Erfüllung des Vertrages gerichtete Leistung der Ehefrau annimmt (§ 1358 B. G. B.). Dafür daß dieser Paragraph auch für den W.-V. zutrifft: Lotmar a. a. O. I S. 561, 273 Anm. 1 und Strübe in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 295 ff. Praktisch wird dieser Fall selten sein.

gründen im 7. Titel in § 649 für den Besteller noch ein Kündigungsrecht statuiert ist, vermöge dessen er ganz willkürlich in die Dauer des Vertrages eingreifen kann. Der gekündigte Unternehmer kann dagegen die vereinbarte Vergütung mit einigen Abzügen verlangen. Nur wenn der Besteller von einem zweiten ihm gewährten Kündigungsrecht aus dem in § 650 B. G. B. geforderten Grunde Gebrauch macht, ist die Gegenleistung geringer bemessen.

II. Ihr Begriff und Wesen.

Ehe wir eine spezielle Analysierung des Kündigungsrechtes des Bestellers vornehmen, seien einige Bemerkungen allgemeiner Natur über Begriff und Wesen der Kündigung vorausgeschickt. Selbstverständlich ist „Kündigung" hier nicht synonym mit „Kündigungsfrist", in welcher Bedeutung das Wort häufig von Nichtjuristen und auch in älteren Gesetzen und Verordnungen gebraucht wird. Der Kündigung sind 2 Funktionen eigen: Sie kann dazu dienen, lediglich die Fälligkeit einer bestehenden Forderung, z. B. eines Darlehens, herbeizuführen; mit dieser Wirkung kann sich auch gleichzeitig die Beendigung eines Rechtsverhältnisses verbinden. Es ist aber auch möglich, daß diese letzte Funktion das Primäre bildet, und das Fälligwerden von Ansprüchen, die aus der Beendigung des Rechtsverhältnisses erwachsen, sich erst in zweiter Linie anschließt. So ist es mit der Kündigung des Bestellers beim Werkvertrag. Die Endbestimmung der Vertragszeit erfolgt außerdem im Gegensatz zur Beendigung des Vertrages durch contrarius consensus als ein einseitiger Willensakt außerhalb des Vertrages. Auch muß der Vertrag bereits abgeschlossen sein. Dieser Umstand genügt aber auch. Denn ein Vertrag, der eine Nebenbestimmung, einen noch nicht eingetretenen Anfangstermin oder eine Suspensivbedingung enthält, wird mit dem Eintritt dieser im allgemeinen (Ausnahme: § 159) zwar erst vollwirksam (§§ 158, 163 B. G. B.), jedoch ist die Schwebezeit nicht ohne Rechtswirkungen: schuldhafte Beeinträchtigung des von der Zeitbestimmung oder Be-

dingung abhängigen Rechtes, Zwischenverfügungen über den Gegenstand oder dolose Verhinderung des Eintritts der Bedingung haben nach §§ 160—162 für den Handelnden empfindliche Nachteile zur Folge. Jeder der Kontrahenten kann nur durch contrarius consensus vom Vertrage wieder los kommen. Steht ihm aber ein Kündigungsrecht zu, warum sollte er dann gehalten sein, den Eintritt der Vollwirksamkeit des Abkommens erst abzuwarten, um sie durch seine Kündigung wieder zu beseitigen?! Man denke an den leichtmöglichen Fall, daß die wesentliche Überschreitung des in einen Vertrag aufgenommenen Kostenanschlages sich vor dem als Zeitbestimmung oder Bedingung gesetzten Erwerbe des Grundstückes, auf dem gebaut werden soll, herausstellt! Und von dem Standpunkt des Unternehmers speziell betrachtet, kann es diesem doch nur erwünscht sein, möglichst früh Sicherheit zu haben, ob er das Werk zu leisten hat[5]). Er kann sich so früher nach neuer Arbeitsgelegenheit umsehen und andere Aufträge beginnen. Auf die Frage, ob eine befristete, bedingte und teilweise Kündigung möglich ist, wird später eingegangen werden.

Der Besteller kann seinen Willen zu kündigen ausdrücklich durch gesprochene oder geschriebene Worte, Kopfnicken usw. kundgeben, oder es lassen facta concludentia, z. B. Klage auf Rückgabe der Arbeitsgegenstände, auf einen dahingehenden Willen schließen. Unterläßt der Besteller eine Handlung, die notwendig ist, damit der Unternehmer das Werk anfangen oder vollenden kann, so ist darin unter folgenden Voraussetzungen eine Kündigung zu sehen. Nach den jeweiligen Umständen muß der Sinn des Vertrages dahin gehen, daß der Unternehmer von seiner Leistung frei sein soll, wenn der Besteller bei Leistungen, die an seine Person geknüpft sind, seine Person vorenthält. Dies ist vor allem der Fall, wenn die Leistung gleichzeitig an mehrere Personen erfolgen soll. Wer für einen bestimmten Termin einen Vortrag, eine mimische Darstellung, einen Wagen zu einer Fahrt usw. mit anderen zusammen bestellt hat, kann,

[5]) Lotmar Bd. 1 S. 520.

wenn an diese rechtzeitig geleistet ist, für sich allein nicht mehr Vertragsausführung verlangen, sebst dann nicht, wenn diese bei Nachholung der Handlung noch möglich ist. Die Vorschriften über den Annahmeverzug des Bestellers (§§ 642, 643) müssen hier ausscheiden. Aber auch sonst, wenn besondere Vorbereitungen oder Einrichtungen es erheischen, daß der Besteller zu einer festbestimmten Zeit die Handlung vorzunehmen hat, liegt in der Unterlassung eine Ablehnung der Werkausführung — immer vorausgesetzt, daß der Besteller handeln konnte —. Haben die Parteien die Zahlung einer angemessenen Vergütung vereinbart, so enthält die Weigerung des Bestellers, die vereinbarte Vergütung zu zahlen, dann keine Kündigung, wenn er sich grundsätzlich mit der weiteren Ausführung des Werkes durch den Unternehmer einverstanden erklärt (so Reichsger.-Entscheidung vom 9. November 1910). Da die Kündigung eine Verfügung über einen Anspruch enthält, kann sie nur durch den Berechtigten, den Besteller, geschehen. Ein Geschäftsunfähiger ist nicht berechtigt zu kündigen, ein beschränkt Geschäftsfähiger nur nach Maßgabe der §§ 111—113 B. G. B. Auch durch Boten oder legitimierte Vertreter kann der Akt der Kündigung ausgeübt werden. Letztere bedürfen der Vollmacht oder Genehmigung (zu beachten ist außerdem § 174 B. G. B.), oder sie müssen kraft gesetzlicher Vertretungsmacht (Vater, Vormund, Ehefrau in Ausübung ihrer Schlüsselgewalt) befugt sein. Ist der Kündigende eine juristische Person, so steht dem Vorstande das Kündigungsrecht zu.

Die Kündigung ist ferner empfangsbedürftig (Zitelmann), d. h. es genügt nicht, daß sie an eine incerta persona ergeht, sondern sie muß an einen zur Empfangnahme legitimierten Adressaten ergangen sein. Dieser kann der Unternehmer in Person sein. Haben mehrere die Ausführung des Werkes übernommen, so genügt **eine** Erklärung, es muß sich nur aus ihr ersehen lassen, wem sie gelten soll. Auch ein gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter des Unternehmers kann der Adressat sein. Bei Geschäftsunfähigkeit der Gegenseite ist erforderlich, daß die Kündigung dem gesetzlichen

Vertreter zugeht (§ 131 B. G. B), bei beschränkter Geschäftsfähigkeit ist der gesetzliche Vertreter der gegebene Adressat; Ausnahme §§ 112, 113 B. G. B.: bei partieller Geschäftsfähigkeit. Daß die Kündigung empfangen sein muß, bedeutet, daß die mündliche vernommen, die schriftliche zugegangen, die schlüssige dem Kündigungsgegner wahrnehmbar ist. Als zugegangen gilt sie auch, wenn sie vom Gerichtsvollzieher, oder unter den Umständen des § 132 Abs. 2 öffentlich zugestellt ist. Hat sie aber nicht zugestellt werden können, weil der Adressat sich schuldhaft der Zustellung entzogen hat, so hat er aus seinem Verschulden den Schaden, denn dann wird sie als zugegangen angesehen[6]).

Die Kündigung kann, wenn sie einmal erfolgt ist, nicht durch (einseitigen) Widerruf ihrer Kraft wieder entkleidet werden, sonst würde für den Gekündigten ein Zustand der Unsicherheit entstehen. Soll die Kündigung wieder beseitigt werden, so bedarf es einer Übereinkunft der Parteien, die auch in der Einwilligung des Unternehmers in eine Widerrufserklärung von der anderen Seite bestehen kann. Je nachdem eine solche Übereinkunft kurz nach der Kündigungserklärung oder erst später stattfindet, ist ein Fortbestehen des alten oder die Begründung eines neuen Vertrages anzunehmen[7]).

---

[6]) A. L. R. I. 4. § 105; Striethorsts Arch. Bd. 87 S. 370 ff; Dernburg Bürgerl. Recht II. 1. S. 129.

[7]) So auch Lotmar a. a. O. Bd. 1 S. 574 Anm. 1.

Das Kündigungsrecht des Bestellers.

I. Abschnitt:

Das Kündigungsrecht aus § 649 B. G. B.

§ 3. 1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwickelung.

Nach dem vor 1900 in Deutschland geltenden Rechte war es zum mindesten sehr zweifelhaft, ob dem Besteller ein unbeschränktes Kündigungsrecht zustand. In einer römischrechtlichen Quellenstelle wird des Rücktrittsrechtes des Bestellers Erwähnung getan. Diese Stelle, von Labeo herrührend, l. 60. § 4 D. loc. cond. (19,2) lautet: Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles: renuntiasti mihi ducentorum impensam excutere: certa mercede opus tibi locavi, postea comperi non posse minoris trecentorum eam villam constare: data autem tibi erant centum, ex quibus cum partem impendisses, vetui te opus facere. Dixi si opus facere perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum restituas. Hiernach konnte der locator eines Hauses von der locatio conductio operis zurücktreten, falls der vom conductor aufgestellte Kostenanschlag sich als viel zu niedrig herausstellte. Im gemeinen Rechte wird die Existenz des Rücktrittsrechts in diesem Spezialfalle kaum bestritten[1]). Puchta[2]) sieht in der lex ein Recht auf Reszission

[1]) Vergl. Windscheid a. a. O. § 402;
Arndts, Pand. § 315;
Sintenis, Gem. Zivilr. S. 673 Anm. 167.

[2]) Pand. § 369.

wegen dolus. Danckwardt[3]) kommt auf Grund ganz anderer Interpretation zu dem Ergebnis, es werde in der allegierten Stelle festgestellt, daß der locator gegenüber dem Anspruche des conductor auf die merces, wenn dieser unaufgefordert einen Kostenanschlag gemacht und dadurch falsche Vorstellungen in dem locator hervorgerufen habe, eine exceptio doli besitze und die durch Fortsetzung des Baues verbrauchten Vorschüsse ersetzt verlangen könne. Er stellt sich mit einer Anzahl gemeinrechtlicher Schriftsteller auf den Standpunkt, daß dem locator operis stets ein freies Rücktrittsrecht zustehe. Zu diesem Resultat kommt er durch analoge Anwendung der Rechtssätze des Mandates auf die loc. cond. op. schlechthin[4]). Sintenis[5]) hält es für selbstverständlich, daß dem conductor ein freies Kündigungsrecht zustehe, da er ja freie Verfügung über seine Sachen habe. Kohler[6]) betrachtet das Widerrufsrecht aus dem Gesichtspunkte, daß der conductor durch Eingehung des Vertrages kein Recht auf Ausführung erwerbe, es sei dem Besteller daher unverwehrt — bei Zahlung der vollen Vergütung —, dem Unternehmer die Fortsetzung zu verbieten. Windscheid[7]) „hält eine analoge Anwendung der für die Sachmiete gegebenen Bestimmungen für nicht ausgeschlossen". Das ist entschieden sehr unbestimmt ausgedrückt, da er nicht sagt, inwieweit sie anzuwenden seien. Danckwardt dagegen, welcher zu dem bereits erwähnten, weitgehenden Revokationsrecht des locator für beide Vertragsteile noch einen „einseitigen Rücktritt" von der Sachmiete auf die Werkmiete überträgt, hat die einzelnen Gründe für die Kündigung aufgezählt[8]). Der übrigbleibende Teil der Pandektisten hat ein freies Rücktrittsrecht des Bestellers nicht anerkannt oder —

---

[3]) a. a. O. S. 332 Anm. 2.

[4]) a. a. O. S. 332.

[5]) a. a. O. II S. 673 Anm. 167.

[6]) Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 276.

[7]) a. a. O. § 402 2 b.

[8]) a. a. O. S. 341 ff.

was als gleichbedeutend aufzufassen ist — überhaupt nicht erwähnt[9]).

Im Preußischen Recht weichen Gesetz und Doktrin von einander ab. Nach A. L. R. I, 11 § 925 gehört die Werkverdingung zu den Verträgen über Handlungen. Bei diesen ist einseitiger willkürlicher Rücktritt nach I, 5 § 408 zulässig. Dieser allgemeine Grundsatz ist durch I, 5 § 412 modifiziert: Beim Werkverdingungsvertrage finden §§ 408 f. a. a. O. keine Anwendung, der Rücktritt ist also ausgeschlossen[10]). Die Praxis hat sich in den oberstrichterlichen Entscheidungen[11]) ans Gesetz gehalten. Demgegenüber meint Dernburg[12]), daß aus der Natur des Vertrages sich ein Rücktrittsrecht des Bestellers ableiten lasse, solange das Werk noch unvollendet sei. Der Besteller allein habe ein Interesse an der Herstellung des Produktes und könne die Weiterarbeit daher verbieten, unbeschadet des gegnerischen Anspruchs auf volle Entschädigung. Dernburg weist dabei besonders auf Bauverträge hin. In Förster-Eccius (Preußisches Privatrecht)[13]) wird ebenfalls die fehlende Regelung des A. L. R. getadelt und der Satz aufgestellt, daß ein Rücktritt ohne Rechtsgrund erfolgen, der Unternehmer dafür aber das Vertragsinteresse beanspruchen könne.

Was die Doktrin des Preußischen Rechts hiernach zur Rechtsnorm erhoben wissen wollte, finden wir in dem berühmten art. 1794 des Code civil verwirklicht: Le maître peut résilier par sa seule volonté le marché à forfait, quoi que l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

---

9) Sempell, Gemeinderechtl. Streitfragen a. d. Gebiete d. Werkverdingung. S. 33.

10) Vergl. R. G. E. Bd. 15 S. 76.

11) Vergl. die wichtige Entscheidung: R. O. H. G. Bd. 11 S. 155 f., auch E. d. Ob.-Trib., Bd. 19, S. 151 und Striethorsts Arch. Bd. 43, S. 317 ff.

12) Preuß. Privatr., Bd. 2, § 199 (S. 567 a. E.) und § 200, Anm. 29.

13) Preuß. Privatrecht., Bd. 2, § 138 (S. 289).

Artikel 1794 C. c. wurde vorbildlich für Art. 1641 des italienischen C. civ., Art. 1647 des holländischen Zivilgesetzbuches und Art. 369 im Schweizer Obligationenrecht. Auch das sächsische B. G. B. von 1863 (§ 1252) und der Dresdener Entwurf nahmen eine gleiche Vorschrift auf. Während der hessische Entwurf und das österreichische B. G. B. eine analoge Bestimmung nicht kennen, hat das deutsche B. G. B. in seinem § 649 das unbeschränkte Kündigungsrecht des Bestellers aufgenommen, indem mit Recht von der in den Motiven[14]) ausgesprochenen Auffassung ausgegangen wurde, daß es „der modernen Rechtsentwickelung und den Eigentümlichkeiten des Werkvertrages entspräche", dem Besteller das unbeschränkte Kündigungsrecht einzuräumen. Er vorzugsweise sei an der Ausführung des Werkes interessiert, seinen persönlichen Interessen müsse vor allem Rechnung getragen werden. Es wäre widersinnig, wenn man den Besteller zwingen wollte, eine Leistung, deren er nicht mehr bedarf, vollenden zu lassen und abzunehmen[15]).

Was die Wirkungen der unbeschränkten Kündigung anbelangt, so gewähren diejenigen Schriftsteller des Gemeinen Rechtes, die die unbeschränkte Kündigung für zulässig erachten, dem redemptor operis bei Kündigung seitens des locator den Anspruch auf den im Vertrage versprochenen Lohn[16]), nach Abzug der infolge der Kündigung ersparten Auslagen[17]) und des Erwerbs, der infolge Eingehung eines anderen Kontraktes in der frei gewordenen, sonst zur Vollendung des opus notwendig gewesenen Zeit erlangt ist. Die gleiche Stellung wie im gemeinen Rechte nahm

---

[14]) II., S. 503.

[15]) Kohler (in seinem Aufsatze: Annahmeverzug, im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 13) und Oertmann, § 649, Anm. 6, sehen hierin den „Ausfluß eines allgemeinen Prinzips", während Lotmar, Bd. I, S. 600 ein „jus singulare" des Bestellers annimmt.

[16]) So Danckwardt a. a. O., S. 332; Kohler in Iherings Jahrb., Bd. 17, S. 276.

[17]) Dernburg Pand. § 113 (S. 310), ebenso R. G. bei Bolze, die Rechtspr. d. R. G., Bd. 2, S. 230.

der Besteller unter dem französischen Rechte ein[18]). Für das preußische Recht geben Dernburg und Förster-Eccius[19]) dem Unternehmer einen Anspruch auf volle Entschädigung. Dem Interesse des Unternehmers würde man nicht gerecht, wenn er sich mit einer „dem geleisteten Teil der Arbeit bezw. dem durch die Beschäftigung mit dem Werke entgangenen Gewinn entsprechenden Vergütung"[20]) begnügen müßte. Diese würde, falls das Werk noch nicht in Angriff genommen wäre, sich auf Null reduzieren[21]). Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches sind denn auch den, allerdings in der Minderheit vorhandenen Vertretern der eben erwähnten gemeinrechtlichen Theorie in der Hauptsache gefolgt, indem sie den zweiten Satz des § 649 B. G. B. dahin formuliert haben: „Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Das Kündigungsrecht des § 649 B. G. B. mit seinen Wirkungen findet, soweit die angegebenen Gründe für seine Berechtigung bei den Grenztypen des Werkvertrages zutreffen, auch bei diesen Anwendung. So beim Werklieferungsvertrage über eine nicht vertretbare Sache (§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2). Will der Besteller, für den vertretbare Sachen aus ihm nicht gehörenden Material herzustellen sind, nach Werkvertragsrecht kündigen können, so muß er das Kündigungsrecht des § 649 direkt in den Vertrag mit dem Unternehmer mitaufnehmen oder vereinbaren, daß das Werk als nicht vertretbare Sache anzusehen sei. Eine dahin-

[18]) Vergl. art. 1794 C. c.

[19]) Dernburg, pr. Pr. R. II, § 191 c; Förster-Eccius, pr. Pr. R., § 138 (S. 289).

[20]) Sempell a. a. O., S. 33.

[21]) Auf dem hier abgelehnten Standpunkte steht Sintenis a. a. O., S. 674.

gehende Verabredung ist, wie Riezler[22]) hervorhebt, dann besonders wertvoll für die Beurteilung der Rechtsfolgen, wenn Zweifel über die Vertretbarkeit möglich sind. Daß die Bestimmungen des § 651 tatsächlich dispositives Recht enthalten, wird allgemein in der Wissenschaft angenommen; der I. Entwurf enthält eine ausdrückliche dahingehende Bestimmung[23]). Bei der besonders modifizierten Art des Werkvertrages, der eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstand hat, sind im § 675 B. G. B. wegen der nahen Verwandtschaft mit dem Auftrage verschiedene für diesen gegebene Rechtsnorm entsprechend anwendbar erklärt. Von dem Kündigungsrechte beim Auftrag wird jedoch nur die beschränkende Vorschrift des § 671 Abs. 2 auf das fristlose Kündigungsrecht des Verpflichteten beim Dienstvertrage in §§ 623, 626, 627 übertragen. Ein Ausschluß des § 649 B. G. B. ist überhaupt nicht ausgesprochen. Der Entreprise-Vertrag und die loc. cond. operis irregularis lassen sich nach Maßgabe des über diese im § 2 dieser Abhandlung Gesagten ebenfalls nach Werkrecht kündigen.

2. Kapitel: Voraussetzungen der Kündigung.

§ 4. A. Das gesetzliche Kündigungsrecht hat weder zeitliche noch sachliche Voraussetzungen.

Wenn wir nun fragen, ob und welche Voraussetzungen das Gesetz aufstellt, damit der Werkbesteller den Vertrag kündigen kann, so gibt uns in erster Linie der erste Satz des § 649 B. G. B. die Antwort darauf: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen." Als einzige Vorbedingung ist hiernach genannt, daß das Werk noch nicht vollendet sein darf. Darin liegt keine besondere Begrenzung des Kündigungsrechtes. Mit der Vollendung des — sc. vertragsmäßigen, völlig fehlerfreien — Werkes hat der Unternehmer seinen Vertragspflichten genügt

---

[22]) a. a. O., S. 69.

[23]) s. § 568 dort.

(§ 631 B. G. B.). Er hat den Vertrag erfüllt. Pflichten aus einem Vertrage, die nicht mehr bestehen, noch durch Kündigung aufheben zu wollen, würde absurd sein. Nach § 640 B. G. B. ist es nur noch Sache des Bestellers, das vollendete Werk abzunehmen, falls es seiner Natur nach abnahmefähig ist. Mit dem Zeitpunkte der Fertigstellung des Werkes rückt die Abnahmepflicht an die Stelle des Kündigungsrechtes. Nur durch rechtzeitige, d. h. während des Bestehens der gegnerischen Pflichten erfolgende Kündigung kann der Besteller die Entstehung der ihm vertraglich obliegenden Abnahmepflicht inhibieren; nach Vollendung des Werkes kann er sich ihr nicht mehr entziehen. Verlangt der Unternehmer im Prozeßwege vom Besteller, der gekündigt hat, die Abnahme seines Arbeitsproduktes, so fällt ersterem die Beweislast darüber zu, daß das Werk zur Zeit der Kündigung vertragsgemäß fertiggestellt war. M. a. W.: der Unternehmer hat auf Bestreiten zu beweisen, daß die Kündigung nicht mehr zulässig war.

Bildet nach dem Vorstehenden die Vollendung des Werkes keine als Besonderheit zu beachtende Schranke der Kündigung, so könnte die Kündigung doch noch vom Vorliegen anderer zeitlicher oder sachlicher Voraussetzungen abhängen. § 649 B. G. B. erwähnt nichts Derartiges. Er sagt vielmehr, daß der Besteller den Vertrag „jederzeit" kündigen kann, daß also jedenfalls zeitliche Schranken nicht bestehen, weder in der Weise, daß die Geltendmachung an den Ablauf einer Frist seit Vertragsschluß, noch die Wirksamkeit der Kündigung an einen Zeitablauf seit ihrer Erklärung gebunden ist.

Diese unbefristete Kündigung ließe, wie es sonst häufig im Gesetz zu finden ist, das Erfordernis bestimmter Gründe oder eines überhaupt „wichtigen" Grundes erwarten. Aber auch das ist hier nicht der Fall. Das Gesetz regelt zwar in § 650 B. G. B. den besonderen Fall, daß der Besteller sich des ihm gewährten Kündigungsrechts aus dem Grunde bedient, weil es sich herausgestellt hat, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des dem Vertrage zu Grunde gelegten, vom Unternehmer nicht garantierten Kosten-

anschlages ausgeführt werden kann. Dieser Grund ist jedoch nur insofern von Bedeutung, als die demnächst zu erörternde, aus ihm vorgenommene Kündigung besondere Rechtsfolgen nach sich zieht. Er braucht garnicht vorzuliegen, und doch kann der Besteller kündigen, nur bestimmen sich die Folgen dann nach § 649 B. G. B. In diesem Paragraphen sind sachliche Voraussetzungen ausdrücklich ausgeschlossen worden: die Kündigung ist „jederzeit“ zulässig; der Ausdruck „jederzeit“ schließt hier auch sachliche Beschränkungen aus. Das ergibt sich bei Heranziehung anderer Rechtsnormen. So kann der „jederzeit“ zulässige Widerruf der Bestellung eines Vereinsvorstandes durch die Satzung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht werden (vergl. auch Ges. betr. die Gesellschaft m. b. H. § 38). Wenn aber eine sachliche Beschränkung stattfinden kann, so muß vorher *sachliche Unbeschränktheit* bestanden haben. In dem Fehlen von Beschränkungen des Kündigungsrechtes in § 649 liegt etwas scheinbar Abnormes. Daß es nicht zu einer Härte gegen den Unternehmer wird, verhindern diesem zustehende Gegenrechte, wie in § 9 flg. unten dargelegt werden wird.

B. Veränderung des gesetzlichen Kündigungsrechtes.

§ 5. I. Durch Parteivereinbarung.

1. Gänzlicher Ausschluß des Kündigungsrechtes.

Wenn auch nach dem Gesetz das Kündigungsrecht in keiner Richtung eingeengt ist, so bleibt noch die Frage offen, ob es nicht durch Parteidisposition verändert werden kann, und ferner ob dies nur durch Übereinkommen vom Besteller und Unternehmer oder auch einseitig durch den Besteller bei oder nach Vertragsabschluß geschehen darf. Es taucht damit in erster Linie die Frage nach der dispositiven Natur der in § 649 B. G. B. gegebenen Rechtsnorm auf. Prinzipgemäß sind die Normen des Privatrechtes, insbesondere soweit Vertragsobligationen in Frage kommen, suppletorischer Art, d. h. sie kommen erst dann zur Anwendung, wenn eine anderweitige

Regelung durch die Beteiligten nicht erfolgt ist; man kann auch sagen, sie seien nachgiebig, insofern als sie durch Vereinbarung der Beteiligten verdrängt werden. Im allgemeinen besteht Vertragsfreiheit. Wo ein Satz des Gesetzes als jus cogens gelten, d. h. absolut zur Anwendung kommen soll, sobald die Parteien in das betreffende Vertragsverhältnis eingetreten sind, ist dies häufig besonders ausgesprochen. Auch fehlt es, falls eine Rechtsnorm dispositiver Natur sein soll, nicht an Hervorhebung dieses Umstandes durch Wendungen wie „wenn nichts anderes bestimmt ist" oder „im Zweifel". Als Beispiele mögen die Paragraphen 125, 137 B. G. B. hier zitiert werden. Weist das Gesetz jedoch in keinerlei Weise durch die Fassung darauf hin, ob die Norm als zwingende oder nichtzwingende aufzufassen ist, so entscheidet die Auslegung. Selbstverständlich ist, daß die Normen, die das Wesen eines Rechtsverhältnisses betreffen, nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden können. Mit Dernburg[1]) wird man auch die Bestimmungen, welche „aus sozialen Rücksichten" getroffen sind, als absolutes Recht hinnehmen, mit einzelnen Ausnahmen, wo Zwang durch die Gesetzgeber eine Härte sein würde. Wenden wir das bisher Ausgeführte auf die Rechtsnorm in Absatz 1 § 649 B. G. B. an, so finden wir, daß weder die Fassung noch eine Auslegung in einer der genannten Richtungen zu einem sicheren Resultat führt. Einen weiteren Anhaltspunkt für die Auslegung bietet häufig die Heranziehung analoger Rechtsvorschriften. Eine jederzeit mögliche, fristlose Kündigung findet sich z. B. im § 545 H. G. B. Danach kann der Schiffer von seinem Reeder „jederzeit" entlassen werden, „selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist". Also hier Ausschluß einer Disposition der Parteien! Die Frage, ob dieser Satz analog auf unseren Fall beim Werkvertrag sich anwenden läßt, muß verneint werden. Schiffer und Reeder stehen in einem ganz anderen Vertrauens-, meist auch Dienstverhältnis zu einander als Unternehmer und Besteller eines Werkes im allgemeinen. Auch gestalten sich

[1]) Bürgerl. Recht, § 21 II, S. 58.

die materiellen Folgen der Kündigung gänzlich verschieden. Näher verwandte Bestimmungen lassen sich nicht finden. Es muß deshalb auf einem anderen Wege eine Auslegung gesucht werden. Wenn die zwingende Natur eines Rechtssatzes eine Ausnahme bildet, so muß diese jedenfalls durch einen besondern, von den Gesetzgebern bedachten Grund gerechtfertigt sein! In Fällen wie dem vorliegenden würde er allgemein in einem besonderen Schutzbedürfnis der Kontrahenten bestehen. M. E. liegt ein solches nicht vor, vor allem deshalb nicht, weil die Beteiligten sich im Gegensatz zum Dienstvertrage völlig unabhängig gegenüber stehen. Warum sollte es ihnen da verwehrt sein, ihrem Vertrage einen anderen Inhalt zu geben, als ihn das Gesetz aufstellt?! Lotmar[2]) will das nicht in vollem Umfange gelten lassen. Er unterscheidet zwischen gänzlichem Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit und Beschränkung in zeitlicher oder sachlicher Beziehung durch Parteiabkommen. Er sagt, zwar solle die einer Partei zustehende Befugnis unbefristeter Kündigung „nicht der Privatdisposition entrückt“ sein, aber andererseits könne dieses Recht einer Partei nicht „entzogen“ werden, wenn es ihr vom Gesetz als „Notausgang“ gelassen sei, um einseitig den Vertrag verlassen zu können. Das treffe auf das Kündigungsrecht des Bestellers zu. Diese zweite Prämisse findet Lotmar durch vergleichende Betrachtung der Kündigung des Verwahrungsvertrages durch den Hinterleger. Hier würde es unzweifelhaft der ratio contractus widersprechen, wenn es dem Hinterleger — gleichgültig was er mit dem Verwahrer abgemacht hat — nicht freistände, zu jeder Zeit sein depositum zurückzufordern. Das kommt auch im § 695 B. G. B. zum Ausdruck, der dieses Recht für unabhängig von der Abmachung einer bestimmten Aufbewahrungsfrist erklärt. Mit der Kündigung beim Verwahrungsvertrag weist uns Lotmar unbewußt auf das ausschlaggebende Moment für die Frage hin, ob die unbeschränkte Kündigungsbefugnis beim Werkvertrage einen absoluten oder dispositiven

---

[2]) a. a. O., Bd. I, S. 609/611.

Rechtssatz darstellt. Daß ein Verwahrungsvertrag regelmäßig plötzlich, bei abgemachter Aufbewahrungszeit häufig vor deren Ablauf gekündigt wird, zeigt das tägliche Leben. Es kommt also für eine zwingende Vorschrift darauf an, daß das bei einem Vertrage gewährte Kündigungsrecht „etwas dem betreffenden Vertrage Eigentümliches ist"[3]). Daß einem Werkvertrage vor seiner natürlichen Beendigung durch Kündigung seitens des Bestellers ein Ende gesetzt wird, ist nicht das Normale. Weshalb sollte dem Kündigungsbefugten gegen seinen Willen eine vertragliche Ausschließung dieser außerhalb der Regel stehenden Möglichkeit durchs Gesetz versperrt sein?! Das wird auch von der Mehrheit der wissenschaftlichen Autoritäten nicht angenommen[4]). So ist z. B. der häufig in Inseratenbestellscheinen enthaltene Vermerk, daß der Besteller auf Kündigung seiner Bestellung verzichte, wirksam[5]). In der Abschließung eines befristeten oder suspensiv bedingten Werkvertrages kann kein Ausschluß der Kündigungsberechtigung bis zum Eintritt des Termins oder der Bedingung erblickt werden (vergl. § 6 d. Abhdlg.). Zweifelhaft erscheint mir die Richtigkeit der von Lotmar[6]) aufgestellten Theorie, daß sich der Besteller durch die Abrede einer Endbestimmung des Vertrages, die ohne Rücksicht auf die Erbringung des Arbeitserfolges getroffen ist, „seines normalen Rechtes zur Kündigung begebe". Es könne beispielsweise jemand, der zwecks Anlegung eines Schmuckgartens mit dem Gärtner abmacht, dieser solle nur bis zum Eintritt des Frostes arbeiten, und er — der Besteller — sei auch nicht zu weitergehender Bezahlung verpflichtet, nicht jederzeit dem Gärtner die Arbeit

---

[3]) Zubke, d. Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim W.-V., S. 15.

[4]) Planck a. a. O., § 649, Anm. 3;
Oertmann, Komm., § 649, Anm. 3;
Staudinger a. a. O., §. 649, Anm. II 3;
Cosack a. a. O., I, § 149;
Riezler a. a. O., S. 32.

[5]) Goldmann-Lilienthal, § 178. 4.

[6]) a. a. O. S. 559.

untersagen. Neben einem außerhalb des Vertragsverhältnisses liegenden Ereignisse kann natürlich auch durch eine bestimmte, in den Vertrag aufgenommene Frist der Endtermin festgesetzt werden. Soweit man dagegen aus der Abrede einer Endbestimmung auf ein Anrecht des Unternehmers auf die Arbeit — das er an sich nicht hat (s. unten!) — schließen muß, ist die Kündigung ausgeschlossen. Ein vertraglicher Verzicht des Bestellers auf sein Kündigungsrecht wird meistens seine Ursache in dem Wunsche des Unternehmers haben, daß ihm die Werkbestellung nicht wieder entzogen werde. Das I n t e r e s s e d e s U n t e r n e h m e r s a n d e r A u s f ü h r u n g d e r A r b e i t kann mannigfaltigster Art sein. Das fertige Produkt würde z. B. zur Begründung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Rufes oder dem geschäftlichen Renommee des Unternehmers dienen, wovon eventuell künftige materielle Vorteile, ja die ganze Existenz des Unternehmers abhängen können. Wird einem Bauunternehmer die Errichtung eines öffentlichen Gebäudes, eines Theaters, Handwerkern die Innenausstattung eines bedeutsamen Raumes, oder einem Künstler der Entwurf eines Denkmals, die Herstellung eines Gemäldes übertragen, so kann dem Unternehmer in erster Linie daran liegen, daß seine Leistung Aufsehen erregt, sein Name bekannt wird, weil er so leichter neue Aufträge und dadurch ein Sprungbrett zu weiteren Erfolgen erhält. Auch kann die Herstellung des Werkes der Ausbildung der technischen Tüchtigkeit dienen, insbesondere wenn ein Anfänger in seinem Fache zum ersten Male einen bedeutenden Auftrag erhält. Oder es kann dem Unternehmer auf die Ausführung der übertragenen Arbeit deshalb besonders ankommen, weil er dabei Gelegenheit haben wird, eine neue Idee oder Erfindung zu erproben, oder vielleicht wissenschaftlich wertvolle Aufschlüsse erlangen wird. Das Interesse an der für das Werk versprochenen Vergütung ist in Beispielen wie den genannten oft ganz unerheblich. Trotzdem beschränkt sich beim reinen Werkvertrag ohne die erwähnte Verzichtleistung der Rechtsanspruch des Unternehmers gegenüber dem Besteller auf die vereinbarte Vergütung. Invol-

vierte das Interesse an der Ausführung des Werkes die Pflicht der Gegenseite, die Arbeit auf alle Fälle zu dulden, so würde das zu den größten Widersprüchen mit den Interessen des Verkehrs führen. Man denke sich, daß der Grundstückseigentümer zur Duldung des Baues auf seinem Grundstücke verpflichtet sein sollte, der Porträtmaler oder gar der Chirurg, von dessen Unfähigkeit man nach Abschluß des Vertrages Kenntnis erhält, die Entfaltung seiner Tätigkeit ohne weiteres verlangen könnte! Ohne besondere Abmachung ist jedes Interesse des Unternehmers, das sich nicht auf die Vergütung richtet, „höchst indirekter und sekundärer Natur und genügt nicht, um der Obligation den nötigen rechtlichen Halt zu geben."[7]) Die Befriedigung dieses Interesses wird aber durch einen Verzicht des Bestellers auf sein Kündigungsrecht als unentziehbarer Anspruch auf Herstellung des Werkes vertraglich sichergestellt.

Bindet ein nach oben aufgestellter, allgemeiner Regel zulässiger Verzicht den Besteller nun ausnahmslos, oder berechtigt ihn etwa ein auf seiner Seite hervortretender besonderer Umstand trotzdem zu kündigen? Über diese Frage gibt uns das Gesetz und die Literatur keinen unmittelbaren Aufschluß, obwohl Fälle der beregten Art durchaus nicht nur theoretisch vorhanden sind. Dafür mögen die nachfolgend verwendeten Beispiele Zeugnis ablegen.

Einem Installateur wird die unkündbare Zusage gemacht, die ihm patentierte Heizungs- oder Beleuchtungsanlage in einem Hause zum ersten Male anbringen zu dürfen. Er hofft, so zu erfahren, wie sie sich bewähren wird. Dem Hausbesitzer wird, als die Arbeit in Angriff genommen ist, von Fachleuten auseinandergesetzt, daß die Anlage sich als schlecht oder doch unwirtschaftlich herausstellen wird. Deshalb fordert er den Installateur auf, die Arbeit einzustellen. Kann dieser nun auf Grund der anfangs erhaltenen Zusage

---

[7]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 279 f. und im Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 13, S. 164 ff.

verlangen, daß er die Anlage fertigstellt? — Ein anderer Fall: Einer Kostümschneiderei werden wertvolle Spitzen für ein Kleid, einem Kürschner ein kostbarer Pelz für einen Mantel übergeben. Der Unternehmer ist erfreut, durch Ausstellung des fertigen Gewandes oder infolge des Aufsehens, das es in der Gesellschaft machen wird, Aussicht auf neue Kundschaft zu erhalten. Er bittet daher, das Material nicht vor Fertigstellung abzufordern, was ihm auch zugesagt wird. Da kommt dem Besteller der Gedanke, daß er die Spitzen bezw. den Pelz anders besser verwenden könne; oder es fällt der Zweck, für den das Kleidungsstück gemacht werden sollte, fort; oder der Besteller hat Grund anzunehmen, daß der Unternehmer nicht in der Lage ist, seinen Geschmack zu befriedigen. Muß der Besteller es geschehen lassen, daß seine Sachen durch die Schere des Unternehmers ihren Wert einbüßen? — Man wird an den Beispielen bemerkt haben, daß der Anspruch auf die Vergütung in dem Vertrage mehr oder weniger in den Hintergrund getreten ist. Das mit dem Kündigungsverzicht erwachsene Recht des Unternehmers auf Ausführung der Arbeit ist für diesen die Haupttriebfeder zum Abschluß mit dem Besteller gewesen. Das kann jedoch nicht dazu führen, es als einen Teil des Äquivalents für die Herstellung des Werkes der „Vergütung" anzureihen. Ein solches Verfahren dürfte regelmäßig der Absicht der Parteien nicht entsprechen. Meist verdankt die Verpflichtung zur Duldung der Ausführung einer besonderen Gefälligkeit ihre Entstehung, ohne daß die Parteien den Sinn einer Gegenleistung haben hineinlegen wollen. Anderenfalls müßte man auch dazu kommen, die häufige nachträgliche Einräumung des Ausführungsrechtes als Erhöhung der ursprünglich abgemachten Vergütung anzusehen. Nachtragsvereinbarungen stellen sich meistens als Nebenabreden zu dem Hauptvertrage dar. So ist es auch mit dem späteren Kündigungsverzicht. Aber auch wenn dieser gleich in die übrigen Parteivereinbarungen mit hineingenommen wird, bildet er eine Nebenabrede, solange der Werkvertrag das Hauptgeschäft bleibt. Ist beispielsweise von dem Hauseigentümer die Anregung zum Vertrage über die für

ihn notwendige Anlage ausgegangen, so sind die besonderen Interessen des Installateurs sekundärer Art, und damit der Kündigungsverzicht eine Nebenverpflichtung auf seiten des Bestellers. Entsprechendes gilt für das andere Beispiel. Die Nebenabrede unterliegt den Grundsätzen des Hauptvertrages und den allgemeinen Normen. Da durch die Nebenabrede nun gerade das Kündigungsrecht des Bestellers aufgehoben wird, ist diesem die Beseitigung sich später zeigenden pekuniären Schadens abgeschnitten. Es kann nur noch Betrugsanfechtung usw. in Frage kommen. Außerdem muß man Nichtigkeit des Verzichts annehmen, wenn die später eintretenden Interessen des Bestellers einen derartigen Grad erreichen, daß sie bei Vorliegen zur Zeit des Verzichtvertrages diesem als gegen die guten Sitten verstoßend die Wirksamkeit genommen haben würden. Das Gesagte trifft nur solange zu, als in der Duldung der Ausführung des Werkes ein Nebenvertrag erblickt werden kann, wofür es ganz auf die gerade gegebene Sachlage ankommt.

Die Verhältnisse können auch so liegen, daß der Installateur auf sein Drängen erreicht hat, daß der Hausbesitzer ihm bei geringer Vergütung die Erprobung der Anlage in seinem Hause gestattete, obwohl der Hausbesitzer keinen besonderen Wert darauf legt, daß sein Haus mit einer derartigen Anlage versehen wird. Der Schneider oder Kürschner erreicht es, daß er die Stoffe verarbeiten darf, während deren Eigentümer von sich aus hierzu nicht ohne weiteres den Auftrag gegeben haben würde. Solche und andere in concreto vorliegende Umstände lassen das Recht des Unternehmers auf Ausführung der Arbeit dem Gegenstande des Werkvertrages: Herbeiführung des den Unternehmer interessierenden Erfolges, als diesen überragend an die Seite treten. Wo dies der Fall ist, kann man die Pflicht zur Duldung der Ausführung nicht mehr als eine dem Werkvertrage angehängte Nebenleistung betrachten. Es kehrt sich das Verhältnis von Werk- und Kündigungsverzichtvertrag zu einander um, d. h. die Pflicht zur Herstellung des Werkes wird Nebenverpflichtung gegenüber dem Rechte auf Herstellung des Werkes. Daß diese Rechtslage

möglich ist, erhellt daraus, daß ein reiner Vertrag sich denken läßt, in dem der eine Teil dem anderen einen Gegenstand in der Weise überläßt, daß dieser umgestaltet werden kann, aber nicht umgestaltet zu werden braucht.

Der Vertrag, der auf Gestattung der Werkherstellung aus **schon überlassenem oder noch zu übergebendem Stoffe** abzielt, enthält keine dazu in ein gegenseitiges Verhältnis tretende Verpflichtung auf seiten des Unternehmers. Um zu ermitteln, ob der Besteller unter Umständen diesen durch seinen Kündigungsverzicht begründeten Vertrag einseitig wieder lösen kann, müssen wir in erster Linie auffinden, unter welche Kategorie von Verträgen dieser zu rubrizieren ist. Gegenstand ist Gestattung eines bestimmten Verfahrens mit der Sache; Entgelt wird dafür nicht geleistet. Von den besonders benannten entgeltfreien Verträgen trägt nur die Leihe einen dem fraglichen Geschäfte ähnlichen Charakter. Auch bei ihr wird die Befugnis eingeräumt, die Sache in gewisser Weise, und zwar unentgeltlich zu gebrauchen. Während dieser Gebrauch bei der Leihe nur salva substantia geschehen kann, wird bei unserem Geschäft die Sache zu einem anderen Zwecke als dem reinen Gebrauche überlassen. Mit der Leihe gemeinsam hat der Vertrag aber wieder die Auflage, die Sache — allerdings nicht speziell — zurückzugeben nach gemachtem Gebrauche. Da das heutige kodifizierte Recht andere als die in ihm enthaltenen Verträge nicht ausdrücklich ausschließt, so hat der Richter auf Grund der getroffenen Verabredungen und der Intention des Geschäftes über die Rechte und Pflichten der Parteien nach billigem Ermessen unter analoger Anwendung der bestehenden Rechtsnormen zu entscheiden. Wenn man mit mir die nahe Verwandtschaft unseres Innominatvertrages mit der Leihe anerkennt, so steht nichts im Wege, auf ihn die für diese gegebenen Vorschriften entsprechend anzuwenden. Die Sache, mit der das Werk bewirkt werden soll, wird bis zur Herbeiführung des Erfolges dem Unternehmer überlassen. Will der Besteller sie vor Ablauf dieser Zeit zurück haben, so kann er, wie nach § 605 B. G. B. der Verleiher, kündigen, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der

Sache bedarf. Ein Bedürfnis, diese vor Vollendung des Werkes zurückzuerhalten, liegt vor, wenn dem Besteller aus einem der oben erwähnten Gründe ein unvorhergesehener erheblicher materieller oder ideeller Schaden durch die Be- oder Verarbeitung der Sache droht, und mit der sofortigen Rückgabe kein hierzu außer Verhältnis stehender Nachteil für den Unternehmer verbunden ist. Diese letzte Voraussetzung des Gemeinen Rechtes ist auch durch Weglassung in § 605 B. G. B. nicht außer Kraft gesetzt, sondern entspricht dem allgemeinen Grundsatze, daß Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in erster Linie Beachtung verdienen. Will man sich nicht an den § 605 anlehnen, so führt auch die alleinige Anwendung von Treu und Glauben auf unser Geschäft zu diesem Resultat, d. h. zu einer Kündigungsbefugnis, die aus dem besonderen Vertrage, nicht dem Werkvertrage entspringt. Das Ausschlaggebende dafür, ob der Besteller trotz seines Verzichtes auf Kündigung die Herstellung des Werkes nicht zuzulassen braucht, bildet die im Streitfalle vom Richter zu treffende Entscheidung, ob das Unternehmerinteresse an der Herstellung des Werkes oder das entgegengesetzte Interesse des Bestellers überwiegt. Dieses Abwägen der Interessen gegen einander wird oft nicht leicht sein; es wird für das Resultat auf sorgfältige Beurteilung der konkreten Umstände ankommen.

Es ist im Vorhergehenden davon ausgegangen worden, daß die Leihe des B. G. B. nicht mehr, wie im römischen und Gemeinen Rechte und den meisten Partikulargesetzen (vgl. z. B. A. L. R. I. 21 § 229), als ein vom Empfange des Leihgegenstandes abhängiger Kontrakt anzusehen ist, sondern daß die Konstruktion des alten pactum de commodando im 4. Titel der Schuldverhältnisse mit geregelt ist[8]). Die gleich-

---

[8]) Die Vertreter der gegenteiligen Meinung berufen sich vor allem darauf, daß bei der peinlichen Ausdrucksweise des Gesetzes zwischen „Gestaltung" und „Gewährung" des Gebrauchs unterschieden werden müsse — § 598 im Gegensatz zu § 535 —. Erstere setze voraus,

mäßige analoge Behandlung der Fälle, einmal daß die Parteien sich geeinigt haben, ohne daß die Sache hingegeben ist, und andererseits daß die Einigung später als die Überlassung der Sache erfolgt, läßt im Stiche, wenn man den Leihvertrag als Realkontrakt auffaßt. Da dies die heute noch herrschende Meinung ist, so soll unter Anführung von weiteren Beispielen auch unter dieser Voraussetzung eine Lösung versucht werden. Hat die Übergabe des Stoffes bereits stattgefunden, so liegt ein Innominatrealkontrakt vor, der in der bezeichneten Weise der Leihe entsprechend zu behandeln ist. Liegt bisher nur Einigung unter den Beteiligten vor, so gilt folgendes. Z. B. ein Sänger erhält lediglich auf Empfehlung hin zum ersten Male ein Engagement an einer Bühne. Er läßt sich von dem Direktor der Oper die unwiderrufliche Zusage machen für eine bestimmte Rolle. Nach einiger Zeit erfährt die Opernleitung, daß der Sänger eine schlechte Stimme habe, die den Erfolg der Opernaufführung in Frage stellen und die Bühne überhaupt diskreditieren könnte. Soll die Opernleitung jetzt noch gebunden sein, den Sänger auf ihren Brettern auftreten zu lassen? — Oder: Ein Kapitalist betraut einen Architekten mit Entwurf und Bau eines Etablissements in landschaftlich schöner, aber abgelegener Gegend, die demnächst voraussichtlich durch eine Eisenbahn größerem Fremdenverkehr erschlossen

---

daß die Sache bereits übergeben sei; ohne dies könne in § 604 auch keine Rückgabepflicht statuiert sein, und ebenso sei vor der Hingabe eine Reparaturpflicht unangebracht. Natürlich bleibe die Möglichkeit, einen Vorvertrag mit verbindlicher Kraft abzuschließen. Dieser sei im I. Entwurf besonders unterschieden, und dort habe man nach Mot. II., S. 444, die Fassung der Leihe als Konsensualkontrakt ausdrücklich vermieden. Schließlich spreche die bisherige Behandlung der Leihe als Realvertrag gegen eine neue Konstruktion. — Der herrschenden Meinung ist aus folgenden Erwägungen entgegenzutreten. Die geringe Abweichung in der Ausdrucksweise der §§ 535 und 598 ist nicht derart, um daraus eine gewollte Unterscheidung der Begründung von Miet- und Leihverträgen herleiten zu können. Die Rückgabepflicht des § 604 ist sekundär, sodaß diese Vorschrift nur zur Anwendung kommen kann, wenn die Sache bereits geleistet ist. Ein durch den Leihvertrag nicht mitgedeckter Vorvertrag würde, besonders zum Ausdruck gebracht sein,

werden wird. Der Architekt verspricht sich aus einem der bereits aufgeführten Gründe viel von der Ausführung seines Planes für sich selbst. Er erreicht, daß der Bauherr bindend erklärt, er werde unabänderlich seinen Auftrag in den Händen des Architekten belassen. Noch ehe der Bau in Angriff genommen ist, zerschlägt sich das Bahnprojekt, so daß das Etablissement sich nicht rentieren würde. Muß jetzt der Bauherr, wenn der Architekt auf der Abmachung besteht, die Bauerrichtung auf seinem Grundstücke vornehmen lassen, oder kann er durch Kündigung einen ihm sonst drohenden Konkurs abwenden? — Dem Sänger wird Benutzung der Bühne, dem Bauunternehmer Gebrauch des Bauplatzes zugestanden. Der Besteller hat den Raum, das Grundstück zur Verfügung zu stellen, es ist also eine Handlung seinerseits erforderlich, damit das Werk ausgeführt werden kann. Eine klagbare Verpflichtung des Bestellers hierzu besteht beim reinen Werkvertrage nicht, andererseits ist die Vornahme der Handlung keine nebensächliche Auflage, da ohne sie das Werk nicht effektuiert werden kann. Bei Unterlassung kann der Unternehmer gemäß § 642 B. G. B. eine angemessene Entschädigung fordern. Verzichtet aber der Besteller auf Kündigung des Vertrages, so räumt er dem Unternehmer ein Recht auf Ausführung ein und gibt ihm damit einen klagbaren Anspruch auf Überlassung der erforderlichen Sachen. Solange hierin eine Nebenverpflichtung zum Werkvertrage zu sehen ist, folgt diese dem Schicksale des Hauptvertrages. In unseren Beispielen würde der Werk-

---

wie es bei Darlehen und Verwahrung geschehen ist. Unser Standpunkt hat auch in den Beratungen der II. Kommission (Prot. II., S. 269) eine Stütze, wo man eine derartige Unterscheidung nicht treffen und deshalb eine Fassung des § 598 wählen wollte, die der Wissenschaft die Entscheidung überließ, ob Real- oder Konsensualkontrakt anzunehmen sei. Darlehen und Verwahrung hat man bewußt eine Definition als Realkontrakt gegeben, während man dies beim Werkvertrag ebenfalls unterlassen hat. Die Ausdrucksweise in § 598 spricht gegen einen Realkontrakt. Stellt man die Leihe zur Miete in Parallele, so liegt das Unterscheidungsmerkmal nur in der Unentgeltlichkeit.

vertrag wegen Irrtums über die verkehrswesentlichen Eigenschaften des Sängers bezw. des Etablissements aus § 119, Abs. 2 B. G. B. angefochten werden können, und damit auch der Kündigungsverzicht zessieren. Hat aber der Theaterdirektor nur aus Gefälligkeit unter Zahlung einer kleinen Gage dem Sänger gestattet, sich auf seiner Bühne dem Publikum bekannt zu machen, so ist der Kündigungsverzicht als Vorvertrag zu dem der Leihe verwandten Vertrage auf Überlassung der Bühnenbenutzung aufzufassen. Die Gesangsleistung ist nur eine nebensächliche Verpflichtung. Der Vorvertrag ist ohne analoge Anwendung der Vorschriften über die Leihe hinsichtlich seiner Aufhebung ebenfalls nach Treu und Glauben unter Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen zu behandeln, was zu demselben Resultat wie oben führen muß.

Während bisher nur von Verträgen die Rede gewesen ist, bei denen es zur Herbeiführung des Erfolges wesentlich war, daß dem Unternehmer eine Sache ausgeliefert wurde, **besteht** bei einer Menge von Fällen **die vom Besteller vorzunehmende Handlung in einem Zurverfügungstellen seiner Person**. Wird dann die Möglichkeit der Herbeiführung des Erfolges durch Kündigungsverzicht sicher gestellt, so kann bei Darbietung der Person natürlich von Leihe oder Vorvertrag zu dieser nicht die Rede sein, da der Körper des lebenden Bestellers keine Sache ist. Ein nur für den Unternehmer vorteilhafter Vertrag, der dadurch begründet werden soll, daß jemand seine Person zu einem bestimmten Zwecke darbietet, läßt zwei Konstruktionsmöglichkeiten zu. Will man darin, daß jemand verspricht, die zur Herstellung eines Gemäldes oder einer Photographie nötigen Sitzungen zu gewähren oder sich zu einer Operation herzugeben, die Besorgung eines Geschäfts für den Maler, Photographen oder Arzt erblicken, so würde der Vertrag als Auftrag, sonst als Verpflichtung zu unentgeltlicher Leistung von Diensten zu bezeichnen sein. Beiden Vertragsarten gemeinsam ist, daß sie im Interesse des Auftraggebers bezw. Dienstberechtigten abgeschlossen werden, nicht wie der entgeltliche Dienstvertrag auch im Interesse des Dienstver-

pflichteten. Wohl zu unterscheiden von der Natur des Vertrages ist die Frage nach seiner Gültigkeit. Der, welcher dem Maler oder Photographen verspricht, ihm unter allen Umständen zu sitzen, geht m. A. n. ebenso eine bindende Verpflichtung ein wie jemand, der sich zu irgendwelchen anderen persönlichen Diensten nach dem Rechte des „Dienstvertrages“ bereit erklärt. Will er die Dienste später nicht leisten, so kann er einseitig den Vertrag nur dann verlassen, wenn ihm das Recht hierzu eine Handhabe gibt. Ein Beauftragter darf nach § 671, Abs. 2 B. G. B. nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann. Würde dies die einzige Art der Kündigung sein, so könnte der zu den Sitzungen Verpflichtete sich nicht einseitig losmachen, da eine andere Erfüllung des Auftrages ohne seine Mitwirkung unmöglich ist. Hat er einen wichtigen Grund für eine unzeitige Kündigung, so soll ihm die Aufhebung des Vertrages (wie dem „Dienstverpflichteten“) freistehen, und zwar, wie Abs. 2 von § 671 B. G. B. hervorhebt, auch dann, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat. Die Wesensverwandtheit des Vertrages auf unentgeltliche Dienstleistung mit dem Auftrage veranlaßt uns zu dem Analogismus, daß für jenen mangels besonderer Bestimmungen im B. G. B. unter Inrechnungstellung von Treu und Glauben dasselbe zu gelten hat. Praktisch bleibt es sich demnach gleich, welchem von beiden Verträgen man den Vorzug gibt. Mir sagt die Annahme unentgeltlicher Dienste mehr zu. Ein wichtiger Grund zur Kündigung kann z. B. darin zu sehen sein, daß das Modell auf dem Bilde gänzlich entstellt wird, oder daß der besondere Zweck, für den das Bild angefertigt werden sollte, wegfällt, oder daß der Darsteller einen nach dem Rechte der Persönlichkeit unerlaubten Gebrauch von dem Werke macht. Das Interesse des Modells muß aber, um einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben zu können, wiederum den Nachteil auf der anderen Seite erheblich übersteigen. Ob dies der Fall ist, können nur die konkreten Umstände ergeben. Eine Feststellung in dieser Richtung wird meist mit Schwierigkeiten verknüpft sein, da die zur Prüfung

stehenden Interessen beider Parteien sich in den seltensten Fällen nach Geld bewerten lassen werden: Der Maler oder Photograph z. B. erleidet Nachteil dadurch, daß das Bild nicht das erhoffte Aufsehen erregen, neue Aufträge veranlassen oder auf Ausstellungen Preise erhalten kann. Auch kann die auf die begonnene und darauf abgebrochene Arbeit verwendete Zeit, das dazu angeschaffte Material uneinbringlichen Verlust bedeuten. Daß ein hinreichender Kündigungsgrund vorliegt, hat der Kündigende zu beweisen. Bei den widerstreitenden Interessen auf der anderen Seite wird die Erbringung des Beweises häufig schwierig sein. Gelingt sie nicht, und wird weiterhin die Leistung der Dienste verweigert, so kann auf diese wie auf entgeltliche persönliche Dienstleistungen geklagt werden. Man kommt aber mit den freiheitlichen Anschauungen unseres Rechtslebens in Konflikt, sobald man auf Grund des Urteils die Dienste erzwingen will. Da es sich in den uns beschäftigenden Fällen um unvertretbare Handlungen handelt, würde an sich nach § 888, Abs 1 C. P. O. die Vollstreckung durch Verhängung von Geldstrafen oder Haft geschehen müssen. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung bei Diensten aus einem „Dienstvertrage" (§ 888, Abs. 2 C. P. O.). Eine Klage auf Leistung der Dienste ist danach meistens zwecklos. Ist aber ein Urteil auf eine solche Klage hin ergangen, so ist der Gläubiger nicht gehindert, jetzt noch, wie auch ohne das Urteil, auf Ersatz des Schadens zu klagen, den er durch die ungerechtfertigte Kündigung erlitten hat: §§ 893 C. P. O. und 671, Abs. 2. S. 2 B. G. B. Aber wie in den zur Rede stehenden Fällen für den Kündigenden der Nachweis des wichtigen Grundes oft schwierig ist, so hat auch hier der Kläger einen schweren Stand. Denn auf Schadensersatz kann er nur klagen, wenn er eine in Geld schätzbare Vermögenseinbuße nachzuweisen vermag[9]), und das

---

[9]) Ein Ersatz für immateriellen Schaden kann nach § 253 B. G. B. nur in den durchs Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Dem Bestreben Dernburgs (B. R., Bd. II 1, § 33, 7), unter Vermögensschaden außer pekuniärem Schaden auch das Affektionsinteresse zu fassen, das gemäß § 287 C. P. O. nach richterlichem Ermessen festzusetzen sei, muß hiernach entgegengetreten werden.

wird ihm bei den in der Zukunft liegenden materiellen Interessen häufig nicht leicht fallen, wo ideelle Interessen in Frage kommen, ganz ausgeschlossen sein. Verträge, bei denen die Person des Bestellers in der Weise in den Vertragsinhalt einbezogen wird, daß ihm wie beim Modellsitzen noch die tatsächliche Freiheit über den Körper bleibt, haben wir als rechtswirksam angesehen.

Setzen wir nun den Fall, daß jemand, um gegen Honorar von einem Leiden befreit zu werden, sich zu ungefährlichen Versuchen an seinem Körper einem Forscher zur Verfügung stellt und dabei auf Rückziehung seiner Einwilligung verzichtet, oder daß ein Arzt von einem Schwerkranken sich versprechen läßt, ihm bis zur Heilung die ärztliche Behandlung nicht zu untersagen. Solche Vorbehalte verstoßen entschieden gegen die guten Sitten, da es sich auf seiten des Patienten um höhere ideelle Interessen handelt. Wenn jemand sich zur Duldung unmittelbarer Einwirkung auf die Integrität des Körpers verpflichtet, so ist dies als eine rechtlich unverbindliche Zusage anzusehen.

Wird nicht gerade die Integrität des Körpers unmittelbar berührt, sondern, wie bei dem Passagier eines Luftschiffers, die tatsächliche persönliche Freiheit — sei es auch nur für Augenblicke — aufgehoben, so kann z. B. der Passagier nicht gezwungen werden, den Flug nach dem vorgenommenen Ziele mitzumachen, auch wenn er auf Widerruf seiner Zusage verzichtet hat. Ein anderer Fall aus dem politischen Leben möge noch zur Illustration beitragen. Zur Zeit der Intervention der Großmächte bei dem chinesischen Boxeraufstande haben kleinere deutsche Reedereien Truppenbeförderungen nach Asien für das Deutsche Reich gegen eine Vergütung übernommen, die längst nicht ausreichte, auch nur die Unkosten zu decken. Den Reedereien lag lediglich daran, ihr Renommee zu erhöhen. Wenn sie sich deshalb die unabänderliche Ausführung des Truppentransportes hätten versprechen lassen, um über die Verwendung ihrer Schiffe disponieren zu können,

so würde trotzdem wohl niemand das Reich für verpflichtet ansehen, die nicht mehr erforderlichen Truppen einzuschiffen. Unberührt von dem Gesagten bleibt der Umstand, daß der Unternehmer häufig einen Entschädigungsanspruch aus unerlaubter Handlung des Bestellers haben wird. Dieser Anspruch entfällt aber, wenn das Geschäft auf beiden Seiten als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen ist.

2. Beschränkung der Kündigung.

Die Zulässigkeit des gänzlichen Ausschlusses der Kündigungsbefugnis schließt das Minus einer zeitweisen Unkündbarkeit des Vertrages nach Parteiabkommen in sich. Dabei kann der zur Geltendmachung der Kündigung gelassene Zeitraum sich zu einem festbestimmten Termin verengern. Lotmar, der eine zeitweise Beschränkung gelten läßt, führt als Beispiel an, daß, wenn der Unternehmer sich vom Besteller ausbedinge, nicht eher den Vertrag abzubrechen, als der Unternehmer Gelegenheit gehabt habe, seine Leistungsfähigkeit an den Tag zu legen: zu diesem Zwecke eine bestimmte Frist, z. B. 1 Monat vereinbart werden müsse, während welcher Zeit die Ausübung der Kündigung unzulässig sei[10]).

Bei Bejahung der Möglichkeiten, die zeitliche Beschränkung der Ausübung des Kündigungsrechtes auf vertraglichem Wege herbeizuführen, ist kein Anlaß vorhanden, die sachliche Beschränkung in diesem Punkte für ungültig zu erklären. Der Besteller kann beispielsweise nur für den Fall Kündigungsbefugnis haben, daß der von ihm für die Fertigstellung des Werkes zu liefernde Stoff ausgeht, oder daß der Unternehmer ihm das Werk nicht geschmackvoll genug ausführt. Besteht bei einem Werkvertrage, der den Vollzug durch Setzung einer Frist oder Bedingung hinausschiebt, der allein zugelassene Grund der Kündigung in einem Umstande, der

---

[10]) Lotmar a. a. O., Bd. I, S. 613.

schon während der Schwebezeit eintreten kann, so ist die Ausübung der Kündigung aus den bereits oben unter § 6 genannten Gründen schon vor dem dies a quo zulässig. Ebenso wie der Besteller sein Kündigungsrecht auf bestimmte Gründe beschränken kann, ist es ihm nicht versagt, sich dem Unternehmer gegenüber anheischig zu machen, einen bestimmten Teil des Arbeitsproduktes, z. B. zur Probe angefertigte Exemplare, nicht abzulehnen.

Mit der Zulässigkeit, die Ausübung der Kündigung des Bestellers auf vertraglichem Wege zeitlich und sachlich zu beschränken, taucht die Frage auf, ob nicht auf dieselbe Weise ihrer W i r k s a m k e i t S c h r a n k e n g e z o g e n werden können. Hat der Unternehmer z. B. beim Entreprise-Vertrag mit dritten Personen abgeschlossen, um den vom Besteller übernommenen Auftrag ausführen zu können, so kann ihm daran liegen, daß bei einer Kündigung seitens des Bestellers die endigende Wirkung nicht sofort eintritt, sondern ihm Zeit bleibt, um die mit dritten Personen eingegangenen Verpflichtungen unter Einhaltung der vorgeschriebenen Frist kündigen zu können. Geht in solchen Fällen der Unternehmer den Besteller darum an, im Falle einer Kündigung diese nur b e f r i st e t ergehen zu lassen, und erklärt der Besteller sich hierzu bereit, so ist kein Grund vorhanden, weshalb man ihm das Recht verweigern sollte, sich der Freiheit seines gesetzlich unbefristeten Kündigungsrechtes zu begeben. Erleidet er dadurch Schaden, so liegt dieser an der unbedachten Benutzung der Vertragsfreiheit.

Dasselbe darf wohl von der zweiseitigen s a ch l i ch e n B e s ch r ä n k u n g der Wirksamkeit der Kündigung gelten.

§ 6. II. Beschränkung der Kündigung durch einseitige Parteidisposition.

Insoweit man dem Besteller zugesteht, seiner ihm vom Gesetz gewährten Kündigungsfreiheit durch Abkommen mit dem Unternehmer Fesseln anzulegen, wird man dazu kommen,

auch eine nur durch einseitige Disposition des Bestellers bewirkte Beschränkung gelten zu lassen. Daß es dem Besteller freisteht, sein Kündigungsrecht bis zur Vollendung des Werkes geltend zu machen, wann es ihm gut scheint, bedarf keiner Erörterung.

Auch das ist überall anerkannt, daß es dem Besteller unbenommen ist, der Herstellung nur eines Teils des Werkes zu widersprechen[1]), wenn das Werk in Teilen abgenommen werden kann. Um teilweise Kündigung handelt es sich auch dann, wenn von Anfang an die Abnahme eines Teiles abgelehnt wird. Bei der teilweisen Kündigung ist jedoch eine Einschränkung zu machen. Es muß nämlich möglich sein, die Tätigkeit nach Beginn zu unterbrechen, „ohne andere Interessen zu kränken". Danach dürfen z. B. beim Seefrachtgeschäft durch eine Ausladung die anderen Funktionen des Schiffes nicht gestört werden[2]).

Die Wirksamkeit seiner Kündigung wird der Besteller häufig aus irgendwelchen Gründen dadurch hinauszuschieben suchen, daß er sie mit einer Frist versieht. Dies ist ebenso zulässig wie eine befristete vertragliche Endbestimmung. Damit daß das B. G. B. für den Besteller ein unbefristetes Kündigungsrecht aufstellt, gewährt es ihm ein Recht, ohne ihm die Pflicht aufzuerlegen, davon Gebrauch zu machen. Wenn nun der Besteller sich selbst beschränkt, indem er auf das Recht verzichtet und sich der den Unternehmer „schonenden"[3]) befristeten Kündigung bedient, so kann dieser nicht sofortige Wirksamkeit der Kündigung verlangen, sondern muß sich die befristete gefallen lassen. Er kann seine Maßnahmen im Hinblick auf den festliegenden Endtermin in aller Ruhe treffen.

---

[1]) Kohler i. Arch. f. Bürgerl. R., Bd. 13, S. 169;
Oertmann Komm. § 649, Anm. 5;
Staudinger a. a. O., § 649, Anm. II. 1 b;
Riezler a. a. O., S. 159.

[2]) Kohler i. Arch. f. Bürgerl. R., Bd. 13, S. 169.

[3]) Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 600.

Das gilt nicht so unbeschränkt, wenn der Kündigung eine Suspensivbedingung hinzugefügt ist. Die herrschende Meinung in der Doktrin verlangt von der Kündigung als wesentliches Erfordernis Unbedingtheit. Auch die Motive[4]) sprechen der bedingten Kündigung jede Wirksamkeit ab. Einige Schriftsteller[5]) verlangen, daß der Geschäftsgegner in die bedingt erklärte Kündigung einwilligen müsse, damit sie Geltung erlange; weise er sie nicht zurück, so müsse er sie nach Analogie von § 1160, Abs. 2 B. G. B. gegen sich gelten lassen. Dieser Paragraph läßt sich m. A. n. garnicht vergleichsweise auf den vorliegenden Fall anwenden, weil im § 1160 der Grund der Zurückweisung in einem Formmangel besteht (der unterlassenen Vorlegung des Hypothekenbriefes), während die Bedingtheit der Kündigung materieller Natur ist. Mit Aufstellung des Erfordernisses der Einwilligung wird aber gleichzeitig die Zulässigkeit der bedingten Kündigung ganz verneint. Denn wenn Einverständnis des Kündigungsempfängers erforderlich ist, haben wir nicht mehr eine einseitige, sondern eine vertragliche Endbestimmung. Das Rechtsgeschäft der Kündigung kann seinem Begriff nach aber nur von einer Partei vorgenommen werden. Von dem Prinzip, daß die Kündigung keine Bedingung vertragen könne, kann dann abgewichen werden, wenn seine ratio nicht verletzt wird. Diese liegt darin, daß der Kündigungsempfänger sich nicht im Ungewissen darüber befinden soll, ob das Rechtsverhältnis aufgehoben werden wird oder nicht[6]). Unklarheit ist nun bei ihm nicht vorhanden, wenn er in der Lage

---

[4]) II, S. 413; ebenso Immerwahr, Kündigung, S. 80/81; Planck a. a. O., § 564, Nr. 2 c; R. O. H. G. E., Bd. 4, S. 341.

[5]) So Crome, Syst. d. Bürgerl. R. I, § 97, Anm. 16; Staudinger a. a. O., Anm. I 2 b.

[6]) O. L. G. Braunschweig, in Seuff. Arch., Bd. 57, Nr. 60 (S. 100);
Bolze, Bd. 22, Nr. 264;
Dernburg B.-R., Bd. II, 1, § 55, Anm. 8.

ist, jederzeit[7]) selbst den Eintritt der als Bedingung gesetzten ungewissen Tatsache herbeizuführen, wenn also eine Potestativbedingung vorliegt. In diesem Falle verschlechtert sich die Position des Gekündigten nicht, vielmehr gewährt ihm eine solche Kündigung einen Vorteil gegenüber der sofort wirksamen. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß der Besteller mit suspensiver Potestativbedingung kündigen kann[8]). Auch aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst geht die Zulässigkeit derartiger Kündigungen hervor, denn nach § 643 kann der Unternehmer dem Besteller, von dem eine Handlung zwecks Herbeiführung des Werkes vorgenommen werden muß, unter der Bedingung kündigen, daß dieser die Handlung innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist unterläßt. Es würde dem Willen des Gesetzes und den Anforderungen des täglichen Lebens widersprechen, wenn die bedingte Kündigung nur in diesem Spezialfall möglich sein sollte. Sie wird häufig dazu verwendet, eine gute oder schnelle Leistung von dem Unternehmer zu erzwingen[9]). Eine weitere Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip ist folgende. Hat sich die Bedingung einer Kündigung am letzten zulässigen Kündigungstage bereits erfüllt, und hat der Kündigungsgegner hiervon rechtzeitig Kenntnis erlangt, so steht der Gültigkeit der bedingten Kündigung ebenfalls keine Unsicherheit über die Beendigung des Vertrages entgegen[10]).

---

[7]) Dernburg verlangt, daß die Erfüllung der Bedingung im Belieben des Gekündigten zur Zeit der Kündigung steht. (§ 55, Anm. 8.)

[8]) Enneccerus (a. a. O. § 248 II i. Vbdg. m. § 182, Anm. 16) ist dagegen, die Potestativbedingung allgemein zuzulassen, z. B. brauche jemand, der mit dreimonatiger Kündigungsfrist eine Wohnung gemietet habe, sich eine Kündigung am 1. Januar auf den 1. April nicht gefallen zu lassen, wenn er in der Zwischenzeit sich ein Klavier anschaffe.

[9]) Für die Zulässigkeit einer Potestativbedingung bei der Kündigung: Thiele im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 89, S. 147 f.; ihm beistimmend Oertmann Komm., § 564, Anm. 2 b; ebenso Staudinger a. a. O., § 564, Anm. I 2 b.

[10]) Auf diese Ausnahme weist Oertmann a. a. O. hin.

Erklärt der Besteller, er kündige den Vertrag, seine Kündigung solle aber unter der und der Bedingung keine Wirkung haben, so stellt sich diese resolutiv bedingte Kündigung als ein suspensivbedingter Widerruf dar. Dieser ist aber aus denselben, in § 6 dieser Abhandlg. a. E. angeführten Gründen unzulässig wie der einfache Widerruf der Kündigung.

§ 7. III. Korrektur und Konversion der Kündigung.[1])

Befindet sich der Besteller in Unkenntnis darüber, daß ihm gesetzlich ein sofort wirksames Kündigungsrecht zusteht, und kündigt er in der irrigen Meinung, daß z. B. eine einmonatige Frist vorgeschrieben sei, unter deren Hinzufügung, so bleibt seine Kündigung als unbefristete ausrechterhalten, falls er bei Kenntnis der Umstände die Aufhebung des Vertrages für den frühest zulässigen Zeitpunkt gewollt haben würde. Eine Korrektur tritt ebenfalls ein, wenn der Besteller den Endtermin des Vertrages zu früh ansetzt, z. B. eine unbefristete Kündigung ergehen läßt, trotzdem er sich vorher zu einer bestimmten Befristung verpflichtet hat. Es ist donn so anzusehen, als habe er für den Zeitpunkt gekündigt, der von der Kündigung um die Frist entfernt liegt. Hat der Besteller das Recht, nur an einem bestimmten Termine, z. B. Zahltage, zu kündigen, und erfolgt die Kündigung außerhalb dieses, so gilt es so, als wäre sie an dem nächst folgenden ergangen.

Kann eine Kündigung nicht in der besprochenen Weise korrigiert werden, so kann sie doch als Offerte zu einer kontraktlichen Endbestimmung wirksam sein. Diese Konversion tritt ein, falls sie den Intentionen des Bestellers entspricht. Der Unternehmer kann sich auf das Angebot einlassen, muß aber in irgend einer Weise zu erkennen geben, daß er sich über die Ungültigkeit der Kündigung klar ist und in die Aufhebung des Vertrages einwilligt. Tut er dies nicht, so dauert das Rechtsverhältnis fort.

---

[1]) vergl. Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 568 ff.

3. Kapitel: Die Wirkungen der Kündigung.

A. Nach dem Gesetz.

§ 8. I. Auf die Pflichten des Unternehmers.

Die Kündigung hat im Gegensatz zum Rücktritt regelmäßig die Wirkung, daß das von ihr getroffene Rechtsverhältnis ex nunc, d. h. für die Zukunft erlischt, während der Rücktritt ex tunc wirkt, d. h. daß die Parteien verpflichtet sind, den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag garnicht geschlossen wäre. Im I. Entwurf zum B. G. B. wird statt von „Kündigung" von einem Recht gesprochen, für die Zukunft vom Vertrage zurückzutreten[1]). Für die Vergangenheit bleibt der Vertrag in Geltung. Teilleistungen, die der Unternehmer vor der Kündigung gemacht hat, kann er nicht zurückverlangen, weil sie durch den Vertrag begründet waren und als vor der Kündigung liegend nicht mehr von ihr betroffen werden. Die Verpflichtungen des Unternehmers für die Zukunft werden bei der gesetzlichen unbefristeten Kündigung mit dem Moment beendigt, wo die Kündigung erlassen und empfangen wird. Mit den Rechten des Bestellers gehen auch die etwa daran bestellten Pfandrechte und Bürgschaften wegen ihrer akzessorischen Natur für die Zukunft (!) unter. Eine Hypothek wird zur Eigentümerhypothek[2]). Eine zur Ausführung des Werkes erteilte Vollmacht erlischt mit dem kausalen Rechtsverhältnisse (§ 168 B. G. B.). Der Unternehmer braucht nach der Kündigung nicht nur das Werk nicht zu vollenden, sondern er darf auch jetzt ebensowenig das noch nicht begonnene Werk noch in Angriff nehmen, als die bereits begonnene Arbeit fortsetzen.

Stoffe des Bestellers, die der Unternehmer zur Zeit der Kündigung im Besitz hat, sind gegen die Vergütung Zug um

---

[1]) vergl. auch Rspr. d. O. L. G. Bd. 13, S. 425.

[2]) Planck a. a. O., § 649, Anm. 2 c;
Staudinger a. a. O., Anm. II 1 b zu 649.

Zug zurückzugeben. Verwendet der Unternehmer noch nach der Kündigung Material, Werkzeuge oder Vorschüsse des Bestellers, so haftet er für den daraus entstehenden Sachen. Dasselbe entnimmt Danckwardt[3]) für das gemeine Recht aus dem Schlußsatze der oben zitierten 1. 60 § 4 D. loc. cond. (19, 2.)

II. Die Wirkungen der Kündigung auf die Pflichten des Bestellers.

1. Die Höhe des Unternehmer-Anspruchs.

§ 9. a) Der Unternehmer kann als vereinbarte Vergütung verlangen.

Auf die Pflichten des Bestellers übt die Kündigung folgende Wirkungen aus. Ein allgemeines Recht auf Ausführung des Werkes steht und stand dem Unternehmer nicht zu, auch wenn er ein besonderes Interesse daran hat (vergleiche oben § 3 der Abhandlung). Die Pflicht zur Abnahme des Werkes gelangt nicht zur Entstehung. Die Gegenverpflichtung des Bestellers dafür, daß er das Werk sistiert hat, besteht in der Leistung der ganzen, „vereinbarten Vergütung", d. h. dessen, was als Gegenleistung für das Werk ausbedungen ist, nicht der „bis zur Kündigung verdienten Vergütung"[1]); an dieser würde man auch vernünftigerweise die Anrechnung nicht vornehmen können[2]). Wenn es unterlassen ist, die Höhe der Entlohnung festzusetzen, so ist die taxmäßige oder übliche Vergütung zu zahlen, falls den Umständen nach die Herstellung des Werkes nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (§ 632). Dabei ist die Vergütung zu entrichten, die bei Herstellung des ganzen Werkes geschuldet

---

[3]) a. a. O., S. 332.

[1]) Endemann a. a. O., Bd. 1, § 175 2 a und 5.

[2]) Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 592.

sein würde[3]). Zu der dem Unternehmer zustehenden „Vergütung“ gehört nicht Ersatz für Auslagen, sondern sie ist lediglich der Lohn für das herzustellende Werk. Wenn der Unternehmer die Arbeit durch seine Gehilfen oder sonst durch Dritte ausführen läßt, die er abzulohnen hat, so hat dies interne Verhältnis keinen Einfluß auf die Vergütungspflicht des Bestellers[4]). Eine Pflicht zur Erstattung subjektiv erforderlicher Auslagen kann aber bestehen, wenn der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§§ 675, 670 B. G. B.). Es kann aber auch sein, daß diese Auslagen durch Übereinkunft in die Vergütung mit einbezogen sind, dann brauchen sie natürlich nicht besonders erstattet zu werden.

Die Erfüllung des aus der Kündigung erwachsenen Anspruchs auf die „vereinbarte Vergütung“ bietet keine Schwierigkeiten, wenn **ohne Beziehung zur Werkleistung** als Vergütung eine feste Summe Geldes akkordiert ist. Eine solche pecunia numerata scheint im römischen Rechte die einzige Art der Vergütung gewesen zu sein. Jedenfalls ist man nach den Quellenstellen (arg J. III, 24) über diese nicht hinausgekommen, sondern hat sich im übrigen der Konstruktion einer societas bedient. In der Regel ist auch heutzutage die Entlohnungsform eine Geldleistung. Diese braucht nicht in einer Pauschalsumme zu bestehen, sondern kann auch nach den zur Herstellung des Werkes erforderlichen Einzelleistungen[5]), oder der zeitlichen Dauer der Arbeiten[6]) bemessen sein (§ 641, Abs. 1, Satz 2). Aus dem Gesetz ergibt sich aber nichts dafür, daß die Vergütung auf Geld beschränkt ist, es läßt sich arg. a. contrario aus § 641, Abs. 2 sogar erkennen, daß auch die Vereinbarung eines anders gearteten Entgelts getroffen werden darf. Dieser kann sich darstellen als Eigentumsübertragung an anderen Fungibilien sowie an individuellen Sachen, als

---

[3]) Staudinger, § 649 II 1 β;
R. G. E. in Seuff. Arch., Bd. 62, Nr. 226 u. Bl. f. R.-Anwdg., Bd. 72, S. 884.

[4]) Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 143.

[5]) R. G. in Jur. Wochenschr. 07, S. 362.

[6]) R. G. E., Bd. 63, S. 315.

Gewährung von Sachnutzung, freier Wohnung, Dienstleistungen des Bestellers, Bietung von Erwerbsgelegenheit, Einräumung von allerlei Rechten, Verzicht auf bestehende Rechte, namentlich aber als Gewährung einer Quote vom Arbeitsprodukt oder dessen Ertrage[7]).

In unserem heutigen Wirtschaftsleben ist diese letztgenannte Rechtsfigur des sogenannten partiarischen Rechtsgeschäfts überaus häufig geworden. Bei einem Werkvertrage derart, einem „Quotalwerkvertrag", richtet sich die Vergütung nach dem Erfolg der Tätigkeit. Sie wird in einer Quote des Arbeitsproduktes ausgedrückt; und zwar kann diese aus einem reellen, meist aus dem Rohprodukte zu berechnenden, oder ideellen Anteil (Miteigentum, Mitberechtigung bei immateriellen Schöpfungen) bestehen, oder als Wertquantum des Bruttoertrages oder Reinertrages in Geld berechnet werden[8]). Welcher Art der Anteil ist, den der Unternehmer fordern kann, kommt auf die Auslegung des gerade vorliegenden Vertrages an. An sich hätte der Unternehmer bei der Kündigung seitens des Bestellers auf den Quotallohn als Vergütung Anspruch. Da dieser nun von dem fertigen Werk abhängt, es aber zu dessen Vollendung nicht gekommen ist, so taucht jetzt das Problem auf, wie es bei der Unmöglichkeit der Quotenleistung von dem verabredeten Resultat mit der Verpflichtung des Bestellers wird.

Daß die Quotalberechnung etwa aus dem bereits vorhandenen Teil des Werkes erfolgen könnte, widerspricht der lex contractus. Man kann nicht sagen, daß ein bestimmtes Quantum des Resultats erreicht sei, weil der Teil

---

[7]) Vergl. über diese letzte Entlohnungsform Seuff. Arch., Bd. 50, Nr. 155 und Cromes Schrift „Die partiarischen Rechtsgeschäfte". Er. läßt sich dort S. 142 ff. auch näher über das Fehlen der Quotalentlohnung im römischen Rechte aus und führt die grundlegenden Quellenstellen an. Ein näheres Eingehen darauf würde zu einer Wiederholung der Cromeschen Ablehnung für das römische Recht führen. Ich sehe daher davon ab.

[8]) Crome, part. Rechtsgesch., § 38, S. 261—266.

von dem Ganzen auch qualitativ verschieden ist. Meist ist das vorhandene Material garnicht schätzbar und für den Besteller wertlos. Es wird für den Unternehmer nur eine Last bedeuten, da der Besteller den ihm gehörigen Stoff jedenfalls nicht abzufordern braucht, und der dem Unternehmer gehörige Stoff bei diesem verbleibt.

Den Unternehmer aber mit einer illusorischen Quotenforderung abzuspeisen, sobald es dem Besteller einfällt, das Werk abzubrechen, entspricht nicht dem Wesen des partiarischen Vertrages. Der Abschluß bedeutet für den Unternehmer meist eine Quelle seines Lebensunterhaltes, und man kann daher nicht sagen, er habe das Risiko auf sich nehmen wollen, bei gutem Ausgange möglichst viel, sonst garnichts zu erhalten, und dies von dem Willen des Bestellers abhängig machen wollen. Der Zweck des Kontraktes ist nicht Hazard, sondern Anregung des Eifers! Das trifft jedenfalls solange zu, als dem Unternehmer einzig und allein der Werkanteil versprochen ist. Anders wenn dieser neben einem festen Gehalte oder bei garantierter Mindesteinnahme ausbedungen ist. Hieraus ist die Parteiabsicht zu folgern, daß sich der Anspruch bei Ausfall der Quote auf die feste Einnahme beschränken soll. Ist jedoch der Unternehmer vertraglich auf die Quote des Arbeitsproduktes angewiesen, so will er ganz sicher nicht dem Arbeitsherrn anheimgeben, ob dieser sie ihm durch Vereitelung des Werkes nicht entziehen will. In der partiarischen Lohnabrede liegt auch nicht ein Verzicht auf den gewöhnlichen Werklohn, denn jede gewerbliche Arbeit verlangt ihren Lohn. Für die Annahme eines Verzichtes müssen sich schon ganz bestimmte Anhaltspunkte nachweisen lassen, ehe man dem Unternehmer jeden Anspruch auf Entgelt absprechen kann.

Es ist davon auszugehen, daß er das Werk nur gegen eine Vergütung hat herstellen wollen, die mindestens ebensoviel betrug, als jeder andere unter gleichen Verhältnissen erhalten würde; daß m. a. W. die Herstellung des Werkes den Verkehrsgrundsätzen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Da nun die partiarische Lohnklausel versagt hat, eine andere Vergütung im Vertrage nicht fixiert ist, so kann, wenn Recht

und Billigkeit nicht leiden sollen, nur ein „Surrogatlohn“ (argumento § 632 B. G. B.) an die Stelle treten. Die Quotalabrede muß, da die Verabredung der portio keinen materiellen Inhalt hat, als nicht geschehen betrachtet und dem Unternehmer der taxmäßige oder verkehrsübliche Lohn zugesprochen werden, falls nicht aus gewissen Umständen bei Vertragsabschluß zu schließen ist, daß letztere Art der Vergütung ausgeschlossen bleiben sollte[9]).

Ein anderer Fall, wo die Vergütung zur Werkleistung in Beziehung gesetzt ist, ist der Vertrag, nach dem in die Gegenleistung eine „Qualitätsprämie“ aufgenommen ist. Was man darunter zu verstehen hat, mögen die beiden folgenden Beispiele[10]) klar machen. Den Arbeitern, die das Futter von in einem Stahlwerk zu verwendenden Behältern aus Dolomit herstellen, wird ein Lohnzuschlag versprochen für den Fall, daß die Behälter mehr als 20 Chargen aushalten — oder: Der Kapitän eines gestrandeten Dampfers akkordiert mit den Insassen eines Fischerbootes, daß er für Hilfeleistung 300 Mark, für den Fall des Losbringens 200 Mark mehr zahlen wolle. Wird der erste Kontrakt vor der Fertigstellung der Behälter gekündigt, oder die Hilfeleistung nach dem Abkommen wieder abgelehnt, weil etwa von anderer Seite Rettung zu erwarten ist, so ist jedenfalls der Lohn der auf Herbeiführung des nächstliegenden Erfolges gesetzt ist, auszuzahlen. Ob auch die Zusatzsumme zu zahlen ist, hängt davon ab, ob im Augenblick des Vertragsabbruches „der Eintritt der qualitativen Überwirkung nach der Beschaffenheit des Werkes wahrscheinlich ist“[11]).

Die eben erörterten Lösungen zielen alle dahin ab, den Anspruch des Unternehmers möglichst auf die Höhe des ver-

---

9) Crome, part. Rechtsgesch., S. 359, 360 in Vbdg. m. S. 207 f. und 331/332.

10) Von Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 753, Anm. 1 aus Bosselmann, Entlohnungsmethoden S. 65 und Schroedter, Entsch. d. Oberseeamts (1905) S. 70 zit.

11) Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 753 f.

einbarten Entgelts zu bringen. Damit soll der Willkür des Bestellers in der Ausübung des gesetzlichen Kündigungsrechtes aus § 649 ein Riegel vorgeschoben werden. Der Besteller wird, wo er sonst die zugesicherte Vergütung zahlen muß, selbst wenn er nur einen Teil oder überhaupt nichts von dem Werke erhält, von seinem Kündigungsrechte nur dann Gebrauch machen, wenn dringende Gründe dazu vorliegen. Diese werden meist in einem ihm durch die Vollendung des Werkes drohenden größeren Schaden zu finden sein.

b) Der Unternehmer muß sich eine Vorteilsanrechnung gefallen lassen.

§ 10. aa) Die Anrechnungsgegenstände.

Die strenge Regelung der Vergütung des Bestellers soll aber nicht zu einer unberechtigten Bereicherung des Unternehmers führen. Dieser soll keinen Gewinn aus der Kündigung der Gegenseite ziehen, sondern auf den Vermögensvorteil beschränkt werden, den er bei Vertragsausführung gehabt haben würde, d. h. mit den Motiven[1]) gesprochen, auf den „materiellen Wert der Gegenleistung". Nehmen wir das typische Beispiel, nach dem der Schneider einen Anzug aus ihm gelieferten Stoff herstellen, die Zutaten: Futter, Zwirn und Knöpfe aber selbst liefern soll. Eine Abbestellung des vielleicht noch nicht in Angriff genommenen Anzuges könnte ihm nur erwünscht sein, wenn er den Anspruch auf die volle Vergütung behielte, denn dann verblieben ihm außerdem seine Zutaten, die er sonst an dem bestellten Anzug hätte verarbeiten müssen. Da das nicht der Billigkeit entspricht, muß jeder Unternehmer sich nach dem Gesetze „dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart"[2]). Zu dieser Anrechnungsgruppe gehört

---

[1]) II S. 208.

[2]) vergl. dazu Eichhoff, über die compensatio lucri cum damno (1898).

alles, um das das Vermögen des Unternehmers verringert worden wäre, wenn es zur Ausführung der Leistung gekommen wäre, was also jetzt durch die Kündigung in seinem Vermögen geblieben ist: das „damnum cessans“ (im Gegensatz zum unten zu behandelnden „lucrum emergens“), wenn man die bei der Schadensberechnung übliche Ausdrucksweise anwendet[3]). Anrechnung der Ersparnisse schlechthin ist vorgeschrieben, sodaß es keinen Einfluß hat, ob der Ersatz von Auslagen der Vergütungspflicht beigemischt oder bei Bemessung der Vergütung garnicht vorgesehen ist. Ersatz an Auslagen, der getrennt von der Vergütung hätte geleistet werden müssen, ist natürlich nicht abzurechnen, da der Unternehmer noch keinen Vorteil erlangt hat, vielmehr die Ersparnis beim Besteller selbst liegt[4]).

Die Ersparnisse können in mancherlei bestehen; sie können Natural- und Geldersparnisse sein, sei es, daß er Stoffe oder Zutaten nunmehr nicht liefern, Heizmaterial nicht verbrennen oder Löhne für Hilfspersonen, deren er sich hätte bedienen müssen, und von ihm selbst zu tragende Transport-, Überwachungs- und Versicherungskosten nicht zu zahlen braucht. Soweit das vom Unternehmer bereits beschaffte Rohmaterial für ihn Wert hat, indem er es veräußern, verwenden oder andere Ausgaben dadurch ersparen kann, ist auch dieser Wert anzusetzen. Hat er es zu Vorzugspreis erhalten, so ist, um ihn vor eventuellem Schaden zu schützen, dieser Wert und nicht der dem Besteller in Rechnung gesetzte zu Grunde zu legen[5]). Aufwendungen, die er gemacht haben würde, die aber zur Herstellung nicht erforderlich gewesen wären, können nicht als Ersparnisse angesehen werden und infolgedessen auch nicht zur Anrechnung kommen. Allgemeine Geschäftsunkosten sind nicht zu berücksichtigen, so nicht Miete von Geschäftsräumen, Abnutzung von Gerätschaften und Maschinen, Steuern, Reklame usw.[6]).

---

[3]) Oertmann Vorteilsausglchg., S. 205.

[4]) Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 141.

[5]) Decker, Vorteilsanrechnung, S. 6.

[6]) Oertmann Komm., § 649, Anm. 1;
O. L. G. Stuttgart im Recht 07, 1400/01.

Zu den Ausgabeersparnissen, um die die Vergütung zu mindern ist, gehören auch solche, die dadurch gemacht werden, daß der Unternehmer seine frei gewordene Arbeitskraft in seinem Erwerbsgeschäft oder in seiner Hauswirtschaft verwendet, wo er sich sonst Dritter gegen Entgelt hätte bedienen müssen[7]): Qui operis suis utitur, mercedes percipere videtur. Wollte man die Anrechnung dieser letzten Ersparnisse nicht annehmen, so wäre das „vom zivilpolitischen Standpunkte ein Mißgriff". Dagegen kann man die freigewordene Arbeits k r a f t des Unternehmers m. E. nicht unter die Rubrik „Ersparnis" bringen. Es kommt nur auf die Ersparnisse an, die wirtschaftlichen Wert haben; einen solchen hat die Arbeitskraft nur, wenn sie wirklich verwertet wird. Wenn Titze der entgegengesetzten Ansicht ist, mit der Begründung, der Unternehmer k ö n n e seine Arbeitskraft anderweit zu Erwerbszwecken verwenden, so kann ich ihm nicht beistimmen[8]), denn wird die Arbeitskraft betätigt, so gelangt nach dem Gesetz zur Anrechnung, „was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt"; wird sie böswillig nicht betätigt, so das, was zu erwerben unterlassen ist.

Betrachten wir zunächst den Anrechnungsposten des infolge der Befreiung von der Leistung gemachten a n d e r w e i t i g e n E r w e r b s. Dies ist das „lucrum emergens"[9]), welches dem Unternehmer dadurch erwächst, daß die erstgeschuldete Leistung wegfällt und er über seine Arbeitskraft in anderer Richtung disponieren kann. Billigerweise kann er nicht den hieraus erwachsenden Verdienst und gleichzeitig die volle Vergütung aus dem gekündigten Werkvertrage erhalten, wenn diese ihm nicht etwa als garantierte Minimaltantieme

---

[7]) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, S. 91/92;
Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 268; Petrazycki (Lehre vom Einkommen, S. 336 f.) spricht hier von „fingiertem Arbeitseinkommen".

[8]) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 181. So wie hier Kisch a. a. O., S. 90.

[9]) Oertmann, Vorteilsausgleichg., S. 206.

versprochen ist[10]). Im allgemeinen ist deshalb der gemachte Erwerb auf die Vergütung in Anrechnung zu bringen. Es ist zu beachten, daß der in Rechnung zu stellende Erwerb nur soweit reicht, als der Unternehmer infolge des Wegfalles der gekündigten Arbeit seine Arbeitskraft anders nutzt, mithin die Kündigung hierfür die causa abgibt, nicht soweit er dies neben der ersten Arbeit hätte tun können, weil er einen Teil seiner Arbeitskraft für das Werk zu verwenden nicht verpflichtet war[11]). Das liegt in den Worten des Gesetzes: „infolge der Aufhebung des Vertrags". Der Erwerb wird meist nicht aus dem Vermögen des Bestellers gemacht werden. Die Art der Arbeit braucht nicht dieselbe zu sein wie die, welche für den Besteller zu verrichten war; sie kann z. B. auch auf einem Dienstvertrage, Pachtvertrage usw. basieren.

Zählen tut nicht nur, was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner persönlichen, körperlichen oder geistigen Arbeitskraft erwirbt, sondern unter seiner „Arbeitskraft" ist auch die seiner Gehilfen, seiner Pferde, Maschinen, überhaupt alle ihm zur Verfügung stehende Arbeitskraft zu verstehen. Wollte man das nicht annehmen, so entfiele eine Vorteilsanrechnung in den Fällen, wo der Unternehmer eine juristische Person oder z. B. ein zweijähriges Kind ist, die natürlich keine ihnen innewohnende Arbeitskraft besitzen können, und auch da, wo der Unternehmer das gekündigte Werk durch die Gehilfen herstellen wollte und jetzt statt dessen diese zu anderer Arbeit verwendet[12]). Damit wäre eine vom Gesetz nicht gewollte Bereicherung geschaffen.

Ohne dem Gesetze Gewalt anzutun, wird man außer den durch Arbeitskraft erlangten noch andere aus der Leistungsbefreiung entspringende Vermögensvorteile für anrechnungsfähig erachten müssen[13]). Dahin gehört der Gewinn, den der

---

[10]) s. dazu Bolze, Bd. 11, Nr. 335.

[11]) Kisch a. a. O., S. 90.

[12]) Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 104.

[13]) Planck, § 324, Anm. 2;
Oertmann Komm., § 324, Anm. 3;
Kisch a. a. O., S. 91.

Unternehmer aus der Veräußerung unvollendeter Werkteile, z. B. unbrauchbarer Maschinenteile als altes Eisen, eines unvollendeten Lieferungswerkes als Makulatur, eines Wohnhauses als Scheune usw. gezogen hat. Wird das Material des ersten Werkes für ein anderes verarbeitet, so kann der Fall eintreten, daß „anderweitiger Erwerb" und „Ersparnis" zusammentreffen[14]).

Hätten die Gesetzgeber es mit der Anrechnungsmöglichkeit bei den infolge der Kündigung gemachten Ersparnissen und bei dem aus derselben Veranlassung mit den frei gewordenen Arbeitskräften anderweitig gemachten Erwerb bewenden lassen, so würde das praktische Resultat gewesen sein, daß der Unternehmer während der Wartezeit die Hände in den Schoß gelegt hätte. Denn dann hätte er kein Interesse daran gehabt, sich um einen Verdienst abzumühen, um den die Vergütung wieder gekürzt worden wäre, während er sie, falls er nicht arbeitete, abzugsfrei erhalten hätte. Die zweite Anrechnungsgruppe des Gesetzes wäre demnach in den meisten Fällen illusorisch geworden. Wie konnten die Gesetzgeber das vermeiden? Sollten sie dem Unternehmer die Pflicht aufbürden, sich nach einer — wohl gar ohne seine Schuld erfolgten — Kündigung nach anderem Erwerb umzusehen und, falls er keine ihm zusagende Arbeit findet, ihm das kulpos „versäumte Arbeitseinkommen"[15]) abrechnen? M. a. W. darf der unterlassene mit dem gemachten Erwerb ohne weiteres gleichgestellt werden? Eine Regelung in dieser Allgemeinheit würde entschieden zu weit gehen. Der Besteller würde dadurch in die Lage gesetzt sein, den Vertrag jederzeit ohne Schaden zu beseitigen, indem er dem Unternehmer bei der Kündigung eine andere Arbeitsgelegenheit nachweist. Eine Verpflichtung schlechthin, andere Arbeit zu suchen oder angebotene Arbeit anzunehmen, widerspricht dem Billigkeitsgefühl. Die Persönlichkeit des Arbeitgebers und die Umstände, unter denen die Arbeit übernommen werden soll, sind mit zu berücksichtigen. So müssen die Fähig-

[14]) Kisch a. a. O., S. 90, Anm. 17.
[15]) Petrazycki a. a. O., Bd. 2, S. 339.

keiten des Unternehmers zu der Arbeit im richtigen Verhältnis stehen; auch muß die gerade angebotene Arbeit ihm zuzumuten sein[16]). Besonders dürfen persönliche Gefühle des Unternehmers — vor allem dem Arbeitgeber gegenüber vorhandene — nicht unberücksichtigt gelassen werden[17]). Auch darin, daß der Unternehmer die Verwendung seiner Arbeitskraft als Gewerbe betreibt, kann kein Grund für ihn erblickt werden, andere Arbeit in der frei gewordenen Zeit vollführen zu müssen[18]). Andererseits muß aber der Unternehmer, ebenso wie der Geschädigte zur Verminderung des Schadens mitzuwirken hat, dem Besteller entgegenkommen, indem er ihm durch anderweitigen Erwerb die Vergütungspflicht mindern hilft. Wenn, wie schon erwähnt, nicht schlechthin jede anderweitige Verwendung der Arbeitskraft gefordert werden konnte[19]), so mußte eine mildere Form gefunden werden. Diese ist im B. G. B. geschickt aus der Rücksichtnahme auf Treu und Glauben im Verkehr heraus dahin präzisiert worden, daß nur der während der Wartezeit „böswillig" unterlassene Erwerb in Anrechnung kommen soll. Nur dieser wird daher wie der tatsächlich gemachte Erwerb behandelt. Was von der Arbeit im Einzelnen beim vorigen Anrechnungsposten gesagt ist, gilt auch hier.

Fragen wir nun, wann der Unternehmer es „böswillig" unterlassen hat, durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft etwas zu erwerben, so gibt uns das Gesetzbuch an keiner der drei Stellen, wo es diesen Begriff verwendet — §§ 324, 615 und 2333 Ziff. 4 — eine direkte Aufklärung. Diese erhalten wir vielmehr durch Zergliederung des

---

16) Crome, part. Rechtsgesch., S. 197;
Fischer-Henle, § 324, Anm. 4;
vergl. auch Windscheid Pand. II, § 400, Anm. 15, § 401, Anm. 7.

17) Petrazycki a. a. O., Bd. 2, S. 341.

18) Planck a. a. O., § 324, Anm. 2.

19) was gegenüber einem Schadensersatzanspruch zwar angebracht ist (vergl. § 642 B. G. B.), nicht aber gegenüber einem Anspruche auf Erfüllung, wie er, was unten darzulegen sein wird, in § 649 vorliegt.

Begriffes selbst. Es wird nicht bestritten werden, daß wir es in erster Linie mit einem Grade des Verschuldens zu tun haben. Mit „Fahrlässigkeit“ in irgend einer Stärke kann die Böswilligkeit nicht identisch sein, sonst müßte das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt stets mit bösem Willen — wie das Wort „böswillig“ selbst sagt — geschehen[20]). Dieser Wille ist ferner auch nicht nur auf ein rechtsverletzendes Handeln gerichtet, er ist nicht bloß Tatwille, was gleichbedeutend mit „Vorsatz“ sein würde; er bezweckt vielmehr einen ungebührlichen Erfolg, stellt sich also als eine Absicht dar. Diese richtet sich bei dem Unternehmer gegen den Besteller; diesen will jener schädigen, so daß der Besteller die Gegenleistung nicht kürzen kann, oder der Unternehmer will wenigstens „sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zunutze machen“[21]), d. h. indem er eine ihm vom Besteller oder dritten Personen nachgewiesene Arbeitsgelegenheit ohne einen weiteren Grund als den in der Gegenleistung liegenden billigen Verdienst ausschlägt. Einer derartigen chikanösen Handlungsweise ist das Gesetz mit Recht entgegengetreten. Durch die Anrechnung des böswillig unterlassenen Erwerbs schützt es die Interessen des Bestellers, ohne dadurch den Unternehmer in seiner Verfügungsfreiheit unbillig einzuschränken. Durch diese Lösung des Gesetzes ist „frivolen Kontraktbrüchen seitens der Arbeitgeber als pathologischen Erscheinungen im Sozial-

---

[20]) Weyl, System der Verschuldensbegriffe, S. 432.

[21]) Planck, a. a. O., § 324, Anm. 2; Oertmann, Komm., § 324, Anm. 4; Staudinger, a. a. O., § 324, Anm. 6 c; Komm. d. Reichsger.-Räte. § 615, Anm. 4 und § 324, Anm. 2; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 97, S. 376; Dernburg, Bürgerl. Recht II, 1, § 96 II und Weyl, a. a. O., S. 435, halten Faulheit und grobe Nachlässigkeit für hinreichend. So wie hier: Enneccerus § 269, Anm. 11; Schollmeyer, Schuldverhältnisse § 324, Anm. 3; Matthiaß Bd. 1, S. 271; Kisch, a. a. O., S. 92; Titze, a. a. O., S. 181—182; R.-G. in Puchelts Zeitschr. 06, 307; Mot. II, S. 209. Anderer, milderer Meinung Kohler, Lehrbuch, Bd. 2, S. 30, Anm. 3.

leben"[22]) der Boden entzogen[23]). Wann man von böswilligem Unterlassen sprechen und demgemäß eine Anrechnung des dadurch entgangenen Erwerbs vornehmen kann, bleibt nach den Umständen des jeweilig vorliegenden Falles der Entscheidung des Richters vorbehalten.

Auf Grund analoger Anwendung wird man, wie nach Treu und Glauben der böswillig versäumte Erwerb dem gemachten gleich behandelt wird, auch die böswillig unterlassenen Ersparnisse an Aufwendungen von der Vergütung abziehen können[24]); so z. B. wenn der Unternehmer seinen Gehilfen, für den er keine Arbeit mehr hat, an dem Vorhaben, das Arbeitsverhältnis zu lösen, hindert und ihm seinen Lohn auszahlt[25]).

§ 11. bb) Der Anrechnungsvollzug.

1. rechtlich.

Bisher haben wir nur festgestellt, was der Unternehmer sich anrechnen lassen muß. Wie vollzieht sich nun diese „Anrechnung"? Muß der Besteller eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung dahin abgeben, daß die Vorteile der Gegenseite zur Anrechnung gebracht werden sollen? Bejaht man diese Frage, so identifiziert man die „Anrechnung" mit der „Aufrechnung", indem man dem Besteller, gegenüber der bei beiden vorhandenen Forderung, einen selbständigen Anspruch auf Herausgabe der anrechenbaren Vorteile zubilligt. Diesen Anspruch hat der Besteller nicht[1]). Das wird einem

---

22) Petrazycki II, S. 340.

23) Eine Anrechnung des fahrlässig unterlassenen Erwerbs bei Kündigung aus einer probabilis causa, wie Petrazycki es fordert (Bd. 2, S. 342), hat das Gesetz nicht reprobiert.

24) Oertmann, a. a. O., § 649, Anm. 1 und Kisch, a. a. O., S. 91.

25) O. L. G. Braunschweig im Recht 07, Ziff. 29, S. 57.

1) Kisch, a. a. O., S. 93; Decker, a. a. O., S. 51; Staudinger, a. a. O., § 324, Anm. 7; vergl. ferner Komm. d. Reichsger.-Räte, § 324, Anm. 2; R. G. E., Bd. 74, S. 197. (27. Sept. 1910).

klar, wenn man den Inhalt anderer Paragraphen betrachtet, in denen von einer „Anrechnung" die Rede ist[2]). Ferner spricht die im B. G. B. verfolgte strenge terminologische Scheidung der Begriffe gegen die Gleichsetzung mit der Aufrechnung. Daß Aufrechnung und Anrechnung zu differenzieren sind, wird auch in der Literatur im allgemeinen anerkannt[3]). Unter einen allgemeinen Rechtsbegriff des B. G. B. läßt sich die „Anrechnung" überhaupt nicht bringen; sie stellt demnach einen besonderen Rechtsvorgang dar.

Vor allen Dingen ist sie zum Schutze des Anrechnungsberechtigten berufen. Dieses Ziel wird vollkommener dadurch erreicht, daß die Anrechnung sich ipso jure vollzieht, als wenn noch ein Rechtsakt des Anrechnungsberechtigten erforderlich wäre. Aus den in Anmerkung 2 aufgeführten Paragraphen erhellt denn auch mit Sicherheit, daß in den dort geregelten Fällen die Minderung bezw. Tilgung von gesetzeswegen eintritt. Dafür, daß § 649 abweichend von ihnen geregelt sein sollte, ist kein Grund erfindlich. Deshalb kann ich der auch mit wenig Bestimmtheit ausgesprochenen Behauptung Oertmanns, der Wortlaut des Gesetzes spreche für das Erfordernis einer besonderen Anrechnungserklärung, nicht beistimmen[4]).

Mit der ipso jure erfolgenden Minderung der Vergütungsforderung mindert sich auch eine für diese bestehende Bürgschaft in dem Maße der Anrechnungssumme. Ebenso ist es mit der Haftung eines Faustpfandes, z. B. der im § 647 bezeichneten Gegenstände. Eine für den Vergütungsanspruch

---

[2]) §§ 1174 II, 1214 I, 1476 II, 1500 II, 1501, 1511 III, 2055 I, 2315 I, 2316 II, 2327 B. G. B.

[3]) Vgl. die bei Decker a. a. O., S. 26, Anm. 4 Zitierten.

[4]) s. Oertmann a. a. O., § 649, Anm. 1. Eine eingehende, in einigen Teilen m. E. u. allerdings auf nur schwachen Füßen stehende historische Begründung der hier vertretenen Ansicht von der Rechtsnatur der Anrechnung s. b. Decker a. a. O., S. 32—42. Unserer Ansicht auch Staudinger a. a. O., § 324, Anm. 7.

bestellte Hypothek, z. B. eine Sicherungshypothek des Unternehmers am Baugrundstücke des Bestellers (§ 648), reduziert sich durch Eintritt der Anrechnung ebenfalls von selbst, so daß aus der Hypothek in Höhe der Abzüge nach §§ 1163, Abs. 1 S. 2, 1177, Abs. 1 eine Eigentümer-Grundschuld wird.

2. Der technische Anrechnungsvollzug.

Wohl zu scheiden von dem rechtlichen Vollzug der Anrechnung, der ihre Rechtsnatur widerspiegelt, ist ihre technische Vollziehung. Diese kann, während die Anrechnung ipso jure schon vor sich gegangen ist, überhaupt unterbleiben, wenn nämlich der Berechtigte sich nicht auf die Anrechnung beruft. Andererseits ist der Unternehmer nicht gehalten, von sich aus, ohne den Einwand des Bestellers abzuwarten, seine Forderung zu kürzen[5]). Der praktische Vollzug der vom Gesetz angegebenen Anrechnung ist häufig nicht leicht, bisweilen überhaupt unmöglich. Im Handelsgesetzbuch ist man in den §§ 580 ff. (Fautfracht) und 894 (Ristorno beim Transportrecht) den Schwierigkeiten dadurch aus dem Wege gegangen, daß man die Vergütung als Pauschalsatz fixiert hat, wodurch gleichzeitig erreicht wird, daß der Unternehmer zu anderweitiger Tätigkeit angespornt wird, weil ihm der das Pauschquantum übersteigende Erwerb belassen wird. Da im B. G. B. diese Methode nicht eingeschlagen ist[6]), muß man versuchen, auf andere Weise der bei der Berechnung auftretenden Zweifel Herr zu werden.

Besteht die Vergütung in Geld, so wird, wenn auch die zu machenden Abzüge in Geld bestehen, der Anspruch des Unternehmers leicht durch einfache Subtraktion gefunden. Sind dagegen die Ersparnisse, der gemachte Erwerb usw. nicht

---

[5]) Oertmann a. a. O., § 649, Anm. 1; Staudinger a. a. O., § 649, Anm. II, 1 c γ; R. G. im Recht 07, S. 698; R. G. in Jur. Wochenschr. 07, S. 362; R. G. bei Gruchot, Bd. 51, S. 945 ff.; Rspr. der O. L. G. (Karlsruhe) Bd. 13, S. 426; Bd. 4, S. 480.

[6]) Was Kohler im Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 13, S. 164 bedauert.

in Geldeswert ausgedrückt, so hindert das zwar nicht, sie zur Minderung der Gegenleistung zu verwenden. Zur Ermittlung der Differenz zwischen ihnen und der Gegenleistung müssen sie jedoch noch nach ihrem Geldeswert abgeschätzt werden[7]). Dem Unternehmer das Recht zu konzedieren, die erreichten Vorteile in natura zur Verfügung zu stellen und die volle Vergütung zu verlangen, würde etwas ganz anderes als „Anrechnung" sein. Die Gründe, welche nach dem Vorgange Oertmanns[8]) bei der compensatio lucri cum damno beim Schadensanspruch die Überlassung der beschädigten Sache statt des Ansatzes des lucrum rechtfertigen, passen, wie auch Decker[9]) betont, nicht auf unsern Fall. Der I. Entwurf bestimmt im § 368 direkt, daß der Geldwert der Aufwendungen und des Erwerbs abzuziehen sei. Falls das nicht möglich ist, sind diese Posten zur Anrechnung im eigentlichen Sinne nicht geeignet. Es kann z. B. vorkommen, daß der Unternehmer im Augenblick der Anrechnung eine Forderung besitzt, deren Höhe sich noch nicht genau bestimmen läßt[10]). Nach m. A. muß dann der Anspruch auf die volle Vergütung bleiben, und der Unternehmer dem Besteller die erworbene Forderung in Maximalhöhe der Gegenleistung, wenn sonst nichts von dieser abgeht, andernfalls bis zur Differenz zwischen der Vergütung und den feststehenden Abzügen abtreten.

Ist die Vergütung nun in etwas anderem als Geld vereinbart, so kann von einer echten Anrechnung nicht mehr die Rede sein[11]), es müßte denn zufällig Forde-

---

7) So Planck a. a. O., § 324, Anm. 2; Oertmann Komm., § 324, Anm. 5; Schollmeyer a. a. O., § 324, Anm. 3; Decker a. a. O., S. 48 und die in Anm. 3 dort Zitierten; Kisch a. a. O., S. 92.

8) Vorteilsausgleichung, S. 315 ff.

9) a. a. O., S. 54.

10) Zubke, Rostocker Dissert. S. 26.

11) Oertmann in Kohlers Arch., Bd. 20, S. 81; Rehbein, Bd. 2, S. 187, Anm. 19; Decker a. a. O., S. 50.

rungs- und Anrechnungsgegenstand aus gleichartigen vertretbaren Sachen, die nicht Geld wären, bestehen[12]. Man könnte zunächst daran denken, den Vergütungsgegenstand in Geldeswert umzurechnen. Das würde jedoch häufig dem Vertragszwecke, vor allen den Interessen des Unternehmers zuwiderlaufen. Diesem kommt es gerade darauf an, eine bestimmte Art Entgelt zu erhalten, während es vielleicht auf der anderen Seite für den Besteller gerade besonders günstig ist, sich der als Vergütung abgemachten Gegenstände zu entäußern. Man wird zu einer Lösung, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Anrechnung gerecht wird, nur dann kommen, wenn man die echte Anrechnung durch ein Surrogat ersetzt. Dem Unternehmer beläßt man den Anspruch auf die volle Vergütung, wie sie vereinbart ist, wogegen er den Geldeswert des lucrum bis zur Höhe der in Geld zu schätzenden Vergütung zu erstatten hat[13].

Nach allgemeinen Grundsätzen steht dem Besteller dann trotz Fehlens eines selbständigen klagbaren Anspruchs auf das lucrum bis zur Leistung seitens des Unternehmers ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Leistung Zug um Zug zu[14].

Schließlich ist noch die Möglichkeit vorhanden, daß die Vergütung aus Geld und einer anderen Entgeltsform zusammengesetzt ist. Hier wird man zunächst die in Geld von vornherein bestehenden oder umgerechneten Abzüge auf den in Geld ausgedrückten Teil der Vergütung anrechnen, der andere Teil der Vergütung ist dem Unternehmer auszuantworten, und wenn noch ein Überschuß an Vorteilen auf dessen Seite geblieben ist, so sind diese

---

[12]) Oertmann Vorteilsausgl., S. 231 und Decker a. a. O., S. 49.

[13]) Planck a. a. O., § 324, Anm. 2, und Titze, S. 181, Anm. 32 wollen § 473 entsprechend anwenden. Dagegen: Staudinger a. a. O., § 324, Anm. 7; Oertmann a. a. O., § 324, Anm. 5; Kisch a. a. O., S. 93; Decker a. a. O., S. 51.

[14]) Vgl. dazu Planck a. a. O., § 324, Anm. 2; Staudinger a. a. O., § 324, Anm. 6; Rehbein a. a. O., Anm. 19 (S. 187—188); Kisch a. a. O., S. 93; Decker a. a. O., S. 50.

Vorteile bis zur Höhe des gedachten Teiles der Gegenleistung zu erstatten.

In keinem der vorerwähnten Fälle kann der Besteller einen Überschuß des lucrum über die Vergütung verlangen[15]), denn der Abzug erstreckt sich nur auf das, was der Unternehmer vom Werte der Gegenleistung bereits erhalten hat. Andererseits erhält der Unternehmer überhaupt nichts, wenn die zu machenden Abzüge ebenso hoch oder höher als die Vergütung sind, was bei anderweitigem Erwerb und veränderter Konjunktur garnicht selten vorkommt. Die Höhe der anzurechnenden Forderungen aus anderweitiger Beschäftigung bestimmt sich nach ihrem wahren, nicht nach dem Nominalwert, über dessen Höhe im Streitfalle der Richter zu entscheiden hat[16]). Hat der Besteller die Vergütung ohne Kenntnis von schon vorhandenen Vorteilen der Gegenseite geleistet, so hat er einen Anspruch aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio indebiti § 812 B. G. B.). Ebenso steht ihm ex postfacto ein solcher zu (condictio ob causam finitam §§ 812 und 820 B. G. B.).

§ 12. cc) Prozessuales von der Anrechnung.

Kommt es zwischen Unternehmer und Besteller zum Prozesse, so hat jener seinen Anspruch auf die Vergütung zu beweisen. Der Beweis wird ihm dann nicht gelingen, wenn der Besteller durch seine Kündigung den Maßstab für die Vergütung beseitigt hat, wenn diese z. B. nach der Zahl der Arbeitstage berechnet werden sollte, und deren Zahl sich im voraus nicht feststellen läßt[1]). Hinsichtlich der Beweislast bei der Anrechnung ist von der gemachten Zweiteilung in echte Anrechnung und deren Surrogat auszugehen. Bei ersterer wird der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung ge-

---

[15]) Schollmeyer a. a. O., § 324, Anm. 3, ebenso Kisch a. a. O., S. 93.

[16]) Decker a. a. O., S. 51.

[1]) Kisch a. a. O., S. 87.

mindert, hier handelt es sich um eine rechtsvernichtende, genauer „rechtsmindernde"[2]) Tatsache, also um eine Einwendung im Sinne des B. G. B. Diese hat der Besteller im Falle des Bestreitens der Gegenseite zu substanziieren und zu beweisen[3]). D. h. er hat erstens zu beweisen, daß Ersparnisse und Erwerb gemacht oder zu machen unterlassen sind; auch daß die Unterlassung böswillig gewesen ist; ferner daß zwischen der Befreiung von der Werkleistung und den Ersparnissen bezw. anderweitigem Erwerb ein Kausalnexus besteht und schließlich, wie hoch sich die Anrechnungsposten belaufen. Man kann nicht sagen, daß der Unternehmer das Fehlen von Anrechnungsposten in seiner Klagebegründung vorbringen oder wie Scherer[4]) unter Berufung auf Treu und Glauben verlangt, eine spezifizierte Rechnung über die gesetzlichen Abzüge vorlegen müsse, die der Besteller dann bemängeln und ergänzen könnte. Titze[5]), der hinsichtlich der Verteilung der Beweislast auf dem hier vertretenen Standpunkte steht, hält es für meist ausgeschlossen, daß der Besteller in der Lage sei, eine rechnerische Aufstellung der Vorteile des Gegners zu machen. Das veranlaßt ihn zu der Folgerung, deshalb sei die spezifizierte Rechnung dem Besteller nicht zuzumuten. Den weiteren Schritt, nun die Behauptungs- und Beweislast umzukehren, wagt Titze nicht, sondern jetzt soll eine extensive Anwendung des § 287 C. P. O. helfen: das freie richterliche Ermessen soll eventuell mit Zuhilfenahme von Sachverständigen, die Höhe der Abzüge finden. Das wäre m. E. nur möglich, wenn wir es mit einem wirklichen Schadensersatzanspruch zu tun hätten. Es muß daher dabei bleiben, daß den Besteller die volle Substanziierungs- und Beweispflicht für die Abzüge trifft, und der Unternehmer genug getan hat, wenn er seinen Vergütungs-

---

[2]) Oertmann, Vorteilsausgl., S. 249.

[3]) Vgl. Komm. d. R.-G.-Räte, § 324, Anm. 2; Kisch a. a. O., S. 93; O. L. G. Stuttgart im Recht 07, Seite 1400 (Nr. 3488).

[4]) Schuldverhältnisse, § 649, Anm. 2.

[5]) a. a. O., S. 182.

anspruch dargetan hat. Über die Höhe der Abzüge werden praktisch immer Sachverständige entscheiden, wodurch dem theoretischen Streit ein Teil seiner Bedeutung genommen wird.

In den Fällen, wo die Vergütung in etwas anderem als Geld festgesetzt ist, hat der Besteller, wie schon erwähnt, ein Zurückbehaltungsrecht, bis ihm der Wert des anrechenbaren Gewinnes ausgezahlt wird. Damit ist ihm eine echte Einrede im Sinne des B. G. B. gegeben, die er zu beweisen hat, und deren Vorschützen nach § 274 B. G. B. zur Verurteilung Zug um Zug führt.

§ 13. c) Der Unternehmer kann keinen weiteren Schaden ersetzt verlangen.

Neben seinem um die gesetzliche Abzüge geminderten Anspruche auf die vereinbarte Vergütung steht dem Unternehmer kein Anspruch auf Ersatz von Schaden zu, der durch Verschulden des Bestellers bei Sistierung des Werkes entstanden ist, obwohl dieser Schaden den Wert der Vergütung übersteigen kann. Es handelt sich dabei nicht nur um Einbußen ideeller Art, sondern es können auch solche materieller Natur vorhanden sein, z. B. Kosten für die Wegschaffung des Torso des nicht zu Ende geführten Werkes u. a. Wäre es dem Unternehmer freigestellt, über die Vergütung hinaus Ersatz von Schaden zu verlangen, so wäre dieses Recht im § 649 besonders formuliert worden wie in den §§ 628 und 645 B. G. B. Weshalb dies nicht geschehen ist, trotzdem der Schadenersatzanspruch „nach allgemeinen Grundsätzen" als koexistierend am Platze sei, sucht Crome[1]) dadurch zu motivieren, daß in den §§ 628 und 645 der Arbeitnehmer kündige, und zwar aus Gründen, die beim Arbeitgeber lägen. Durch Hervorhebung des Anspruches auf Schadensersatz neben den sonstigen Rechten solle der Auffassung entgegengetreten werden, als sei das Kündigungsrecht der alleinige Schutz des

[1]) Partiar. Rechtsgesch., S. 362, 363.

unschuldigen Teiles gegenüber dem Vertragsbrecher. Dieses Mißverständnis könne bei § 649 nicht aufkommen, deshalb sei der weitergehenden Ersatzpflicht keine Erwähnung getan. Dieser Deduktion kann ich nicht beitreten, schon deshalb nicht, weil man bei § 649 in gleicher Weise sagen kann, hier hätte ein über den Vergütungsanspruch hinausgehendes Recht auf Schadensersatz, wenn es bestände, erwähnt werden müssen, um der Meinung vorzubeugen, als müsse der Unternehmer sich mit seinem in Abs. 1 normierten Anspruche begnügen[2] [3]). Nach den Motiven[4]) hat der weitergehende Ersatzanspruch durch § 649 geradezu ausgeschlossen werden sollen, da er sich mit den Gründen, auf denen § 324 beruhe, nicht vertrage. Weshalb gerade dieser Paragraph zitiert wird, ergibt sich aus dem nun folgenden.

§ 14. 2. Die Rechtsnatur des Unternehmer-Anspruchs.

Wenn wir uns im Gesetze nach Vorschriften umsehen, in denen die gleiche Wirkung wie im § 649 vorgesehen ist, so finden wir, daß bei einem gegenseitigen Vertrage nach § 324 B. G. B. der eine Teil, dessen Leistung durch einen von der Gegenseite zu vertretenden Umstand unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung behält, sich aber Abzüge gefallen

---

[2]) Planck (a. a. O., § 649, Anm. 2 c) und Staudinger (a. a. O., § 649 II, 1 d) verneinen den Schadensanspruch und verweisen auf die Entschdg. d. O. L. G. Celle in Rspr. d. O. L. G., Bd. 7, S. 480;

Komm. v. R. G.-Räten, § 649, Anm. 3;

Matthiaß, S. 384; Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 850;

Kisch a. a. O., S. 83; Aus der Praxis s. E. R. G. in Jur. Wochenschrift 07, S. 362; bei Gruchot, Bd. 51, S. 945 ff. und im Recht 07, S. 648; übereinstimmend das frühere Recht in Seuff. Arch. Bd. 40, Nr. 15, Bd. 51, Nr. 20.

[3]) Dem Besteller kann bei einer durch vertragswidriges Verhalten des Unternehmers veranlaßten Kündigung ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen, unbeschadet seiner Pflicht, die Vergütung zu entrichten.

[4]) II. S. 503.

lassen muß, deren Gestaltung dieselbe ist wie im § 649. Ebenso kann beim Dienstvertrage der Verpflichtete im Falle des Annahmeverzuges des Berechtigten die vereinbarte Vergütung verlangen, muß sich jedoch ersparte Aufwendungen, durch anderweitige Verwendung seiner Dienste Erworbenes und böswillig unterlassenen Erwerb anrechnen lassen (§ 615). In den §§ 649 und 615 hat das Gesetz die Anrechnungsklausel der Vorschrift des § 324 entsprechend angewendet. Zwar treten die Folgen bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten und Kündigung des Bestellers auch dann ein, wenn die Inanspruchgenommenen Verzug und Kündigung nach den allgemeinen Bestimmungen nicht zu vertreten haben. Betrachtet man aber die Gegenseite, so wird einem sofort klar, daß deren Lage nicht nur bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten und bei der Kündigung des Bestellers übereinstimmt, sondern auch weiter der Stellung des Schuldners im § 324 völlig gleicht. In allen drei Fällen befindet sich der Leistungsverpflichtete der Unmöglichkeit gegenüber, seinen Vertragspflichten nachzukommen. Man hat deshalb wohl gesagt, die Kündigung aus § 649 rufe eine fingierte Unmöglichkeit der Leistung hervor, weshalb die Wirkungen aus § 324 übernommen seien[1]). Mir sagt es mehr zu, eine Verwandtschaft zwischen den Ansprüchen aus §§ 615 und 649 anzunehmen, mit der Besonderheit, daß im § 649 das nach § 295 B. G. B. für den Annahmeverzug erforderliche Verbalangebot nicht verlangt wird[2]).

Der Satz: „Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen", enthält scheinbar einen Widerspruch. Eine Kündigung hebt regelmäßig die beiderseitigen Verpflichtungen für die Zukunft auf, hier aber wird dem Unternehmer das Recht gegeben, die vereinbarte Vergütung zu fordern. Demnach sind zwei Lösungen möglich. Entweder ist der Anspruch des Unternehmers gar

---

[1]) s. dagegen Kisch in Grünhuts Zeitschr., Bd. 28, S. 261.

[2]) Ders. Meinung Oertmann a. a. O., § 649, Anm. 1 und Martius, Der Bergführervertrag, S. 16.

kein solcher, der im Vertrage seinen Ursprung hat, sondern ein Schadensersatzanspruch; oder „Kündigung" hat hier einen anderen als den gewöhnlichen Inhalt, indem sie nur eine Seite des Schuldverhältnisses in futurum beseitigt. Schon in Theorie und Praxis des gemeinen, wie auch des preußischen Rechtes haben beide Auffassungen über die Natur des Unternehmeranspruchs namhafte Vertreter gefunden. Mommsen faßt ihn als „das Interesse auf, welches der conductor operis daran habe, nicht an der Leistung gehindert zu werden". Auch Eichhoff nimmt eine Schadensersatzforderung an und beruft sich dabei darauf, daß die nach Untergang einer Kaufsache geltend gemachte Forderung des Preises ebenfalls einen Entschädigungsanspruch darstelle[3]). Anders Windscheid in der Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 138. Bei zwangloser Interpretation der l. 19 § 9—10 D. loc. cond. (19, 2), der grundlegenden Quellenstelle, welche die Folgen der Nichtannahme von operae aus in der Person des conductor liegenden Gründen bestimmt, und ihrer entsprechenden Anwendung auf die Werkverdingung wird man jedoch aus den Worten „fidem contractus impleri aequum est" und „salarium residuum praestandum" nichts anderes als die Pflicht lesen, der kontraktlichen Schuld nachzukommen. Im preußischen Rechte hat nach Dernburg und Förster-Eccius[4]) der Besteller einen Ersatzanspruch gegen den kündigenden Unternehmer.

Der Streit über die Natur des Anspruchs ist auch im heutigen bürgerlichen Rechte nicht zum Schweigen gekommen. Endemann und Lotmar[5]) vertreten auch jetzt noch die

---

[3]) Vgl. Jhering, in seinem Jahrb., Bd. 3, S. 465 ff.
Mommsen a. a. O., S. 356;
Hachmeister in Seuff. Arch., Bd. 1, Nr. 333.
Weitere Literatur siehe bei Kisch a. a. O., S. 83, Anm. 4.

[4]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. 2, § 191 c;
Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, § 138 (S. 289).

[5]) Endemann, Lehrb. I, § 128, 9;
Lotmar a. a. O., Bd. 1, S. 148, 149, 636—640, 651 und Bd. 2, S. 590, Anm. 1.

Schadensersatzfunktion des Unternehmeranspruchs. Lotmar sagt, die Wendung, der Unternehmer könne „die vereinbarte Vergütung verlangen“, wenn der Besteller kündige, sei eine „scheinbare Ausnahme“ von dem Satze, daß die Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage sich auch gegenseitig bedingten. Eine solche Ausnahme würde erfordern, daß „vereinbarte Vergütung“ in § 649 soviel wie „Entgelt“ bedeute. Das treffe aber nicht zu. Von Entgelt lasse sich nur sprechen, wenn und soweit die Gegenleistung geschehen sei, so wenn nach § 645 B. G. B. der Unternehmer einen Anspruch auf „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ habe. Insoweit die Leistung des Unternehmers noch ausstehe, könne von einem „Entgelt“ nicht die Rede sein. Da nun im § 649 der Umfang der geleisteten Arbeit garnicht berücksichtigt sei, handele es sich hier im Grunde um einen Entschädigungsanspruch und zwar auf Ersatz des entgangenen Entgelts, des entgangenen Verdienstes.

Dem ist der Wortlaut des Gesetzes entgegenzuhalten. Das Gesetz sagt im § 649 wie auch in dem bereits zit. § 615, daß „die vereinbarte Vergütung“ verlangt werden könne. Der gewählte Ausdruck deutet unzweideutig auf einen bestehengebliebenen Vertragsanspruch hin; das umsomehr, als er unter demselben Titel in § 631 = Entgelt gebraucht wird, und andererseits ebenfalls unter demselben Titel im § 642 von einer „angemessenen Entschädigung“ die Rede ist. Diese Fassung des jetzigen § 642 findet sich auch erst in den veröffentlichten Kommissionsbeschlüssen der II. Lesung (§ 579), nachdem vorher der Anspruch als „Vergütungsanspruch“ bezeichnet war. Konform mit der Aufgabe der bisherigen Auffassung von einer Vergütung[6]) in § 642 hat die II. Kommission auch eine Abänderung dieses Paragraphen dahin vorgenommen, daß

---

[6]) Ein Entschädigungsanspruch wird in der Literatur zu § 642 jetzt auch allgemein angenommen: vgl. Lotmar, Bd. 1, S. 146 ff., Bd. 2, S. 708—709 a. a. O.; Oertmann, Vorteilsausgl., S. 41 und Komm., § 642, Anm. 2; Martius a. a. O., S. 15; Schöller bei Gruchot, Bd. 46, 33.

die Höhe des Anspruches beeinflußt wird durch die Ersparnisse des Unternehmers an Aufwendungen und das, „was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann“, während es vorher hieß: „erworben hat, oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte“[7]). Es wäre nicht verständlich, wenn der Anspruch auf die „vereinbarte Vergütung“ im § 649 einen Entschädigungsanspruch darstellen und im § 642 mit zweckbewußter Redaktionsänderung durch den Ausdruck „angemessene Entschädigung“ ersetzt sein sollte. Daß schon die Redaktoren des I. Entwurfs den Anspruch aus § 615 als reellen Erfüllungsanspruch aufgefaßt wissen wollten, besagen die Motive[8]). Lotmar sucht den Umstand, daß im § 649 nicht der Ausdruck „Entschädigung“ sondern „Vergütung“ gewählt ist, damit zu erklären, daß hier außer der „Bezeichnung von Art und Umfang der zu machenden Leistung“ eine besondere Schadensersatzleistung gekennzeichnet werden solle, die gegenüber ihrer sonstigen Natur, „soweit möglich, als Entgeltleistung zu behandeln sei in Ansehung der Zeit, der Fälligkeit sowie ihrer Sicherstellung durch Pfand und Bürgschaft, durch Ausschluß der Pfändung und der Aufrechnung“. Demnach will Lotmar den Anspruch praktisch auch als vertraglichen behandelt wissen.

Für seine Konstruktion führt derselbe Schriftsteller als weiteren Beweisgrund an, daß die Ersparnisse und der anderweitig gemachte oder böswillig unterlassene Erwerb von der „Vergütung“ in Abzug kommen sollten. Diese Tatsache, daß ein lucrum zur Anrechnung gelange, enthülle die Ersatzfunktion des Anspruches, es liege eben ein Spezialfall der in § 254 B. G. B. allgemein aufgestellten Maxime der sog. compensatio culpae vor. M. A. n. kommt man gerade bei vergleichender kritischer Betrachtung der Vorschrift des § 254 dazu, den Anspruch auf Ersatz eines damnum aus § 649 entschieden zu verneinen. Nach § 254 wird die Verpflichtung

---

7) Crome, partiar. Rechtsgesch., S. 347 ff.

8) II. S. 461.

zum Ersatze eines Schadens dadurch ausgeschlossen, daß bei seiner Entstehung ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, und dieser den Schaden vorwiegend verursacht hat; ihrem Umfange nach u. a. nur eingeschränkt nach Abs. 2, wenn der Beschädigte es ebenfalls schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu vermindern. Zu einer Anrechnung genügt im allgemeinen also irgend ein Verschulden des Forderungsberechtigten, das sich von leichter Fahrlässigkeit bis zum Vorsatze erstrecken kann. Im § 649 wird aber für eine Minderung des Anspruchs des Beschädigten mehr gefordert. Hier muß die Unterlassung anderweitigen Erwerbs „böswillig" sein. Daß ein derartiges Verhalten tatsächlich über Vorsätzlichkeit hinausreicht, ist bereits festgestellt. Wollte man dagegen sagen, im § 649 sei eine besondere, von der allgemeinen abweichende Regelung der „Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruche" getroffen worden, so müßte man dasselbe für die §§ 324, 615 B. G. B. bei der vom Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung und beim Annahmeverzuge des Dienstberechtigten annehmen, da diese Paragraphen dieselben Erfordernisse für eine Anrechnung aufweisen wie § 649. Weshalb gerade nur in den genannten drei Fällen der böswillig unterlassene Erwerb entgegen dem Prinzip des § 254 zur Ausgleichung des Vorteils des Beschädigten herangezogen sein sollte, ermangelt jeglichen Grundes, zumal das Prinzip bei einem wirklichen Entschädigungsanspruch im § 642 („durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann") wiederholt ist.

Gegen das Vorliegen eines Entschädigungsanspruches des nach § 649 gekündigten Unternehmers spricht mit, daß hier nicht das Erfordernis eines Verschuldens des Bestellers aufgestellt ist, wie es sonst regelmäßig ein Entschädigungsanspruch erheischt. Dieser Grund wird allerdings abgeschwächt durch die Tatsache, daß im Gesetze ein paar Ausnahmefälle vorhanden sind, in denen Schaden ohne Verschulden zu ersetzen ist (§§ 867, 904, 912, 917).

Mit einem Ersatzanspruche kann zweierlei beabsichtigt sein. Er kann entweder gerichtet sein auf Naturalherstellung oder

auf Zahlung von Geld. Daß bei Annahme eines Schadensersatzes aus § 649 ersteres nicht in Betracht kommt, bedarf keiner Erörterung. An Geldersatz müßte nach dem Wortlaute des Gesetzes das geleistet werden, was bei Abschluß des Vertrages als Vergütung vereinbart ist. In den meisten Fällen wird es allerdings Geld sein, braucht es aber nicht zu sein, sondern die Vergütung kann arg. a. contr. § 641, Abs. 2 in etwas anderem bestehen, z. B. Naturalleistung sein. Damit wäre in den letztgenannten Fällen eine Beseitigung des Schadens durch Geld ausgeschlossen: Ein weiterer Grund, der gegen die angefochtene Lehre spricht! Überhaupt soll man sich hüten, eine Klage auf Schadensersatz da anzunehmen, wo auf Erfüllung geklagt werden kann[9]). Es ist daran festzuhalten, daß der Anspruch des Unternehmers sich als vertraglicher Erfüllungsanspruch charakterisiert, der die Kündigung überdauert, nicht etwa als Enschädigungsanspruch, der eine durch Erlöschen beider Seiten des Schuldverhältnisses entstandene, dem Unternehmer schädliche Wirkung zu beseitigen bestimmt wäre[10]). Das Recht will, wie Kisch[11]) richtig hervorhebt, „nicht einen dem Schuldner zugefügten Schaden ausgleichen, sondern die Entstehung eines solchen hindern“.

Dadurch, daß die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung durch die Kündigung nicht

---

[9]) Degenkolb im ziv. Archiv, Bd. 76, S. 1 ff. nam. 18 ff. 28.

[10]) Für die hier vertretene Ansicht vgl. nachstehende Literatur: Staudinger, § 649 II, 1 c α; Oertmann Komm., § 649, Anm. 1 und Vorteilsausgl., S. 38 ff.; Komm. d. R.-G.-Räte, § 649, Anm. 1; Kohler, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, § 74, S. 204—205 und § 138 (S. 371, Anm. 1); Kohler in Holtzendorffs Encyklop., Bd. 1, S. 684; Enneccerus a. a. O., § 281 I; Crome, Syst. d. Bürgerl. R., § 269, 1 (S. 701) und Partiar. Rechtsgesch., S. 360; Rümelin a. a. O., S. 291; Riezler, S. 159; Kisch a. a. O., S. 83, Anm. 4; Titze a. a. O., S. 306—307, Anm. 15; Gruchots Beitr., Bd. 51, S. 945 ff.; Seuff. Archiv, Bd. 62, Nr. 226 (R. G. E. v. 30. 4. 07); O. L. G. Celle in Rspr., Bd. 7, S. 480; Recht 07, Bd. 57, Nr. 28.

[11]) a. a. O., S. 89.

wie die Verpflichtung des Unternehmers für die Zukunft in Wegfall gebracht wird, unterscheidet sich die Kündigung des § 649 von der Kündigung in sonstigen Fällen. Bernhöft[12]) spricht daher auch nur von einem „Verzicht des Gläubigers auf die Leistung".

§ 15. 3. Das Kündigungsrecht aus § 649 absorbiert nicht das Rücktrittsrecht des Bestellers.

Liegen die Verhältnisse so, daß nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften (§§ 326, 327, 636 B. G. B.) ein „Rücktritt" des Bestellers zulässig ist, so ist ihm dieser nicht verwehrt, wenn er den ungünstigen Folgen einer Kündigung aus dem Wege gehen will. Das Rücktrittsrecht nach § 326 wird nicht etwa wie durch § 626 beim Dienstvertrage durch eine weitergehende Kündigung absorbiert. Das liegt daran, daß eben nur eine Seite des Vertrages durch die Kündigung nach § 649 aufgehoben wird[1]). Es ist nicht erforderlich, daß der Besteller bei seiner Erklärung wörtlich von „Rücktritt" spricht, sondern auch eine dahingehende Erklärung, er „kündige", ist als rechtswirksamer Rücktritt anzusehen, wenn sich feststellen läßt, daß ein dahingehender Wille vorhanden gewesen ist[2]).

§ 16. B. Die Wirkungen des durch Parteidisposition veränderten Kündigungsrechtes.

Ist das Kündigungsrecht des Bestellers durch Übereinkommen von Besteller und Unternehmer ausgeschlossen worden, so ist eine trotzdem erfolgende Kündigung wirkungslos. Macht der Besteller von einem ihm vertraglich eingeräumten Kündigungsrechte Gebrauch, so kommt es in erster

---

[12]) in Birkmeyers Encyklop., § 126 (S. 472).

[1]) Titze a. a. O., S. 306, Anm. 15.

[2]) Oertmann a. a. O., § 649, Anm. 1; O. L. G. Karlsruhe in Rspr. d. O. L. G., Bd. 13, S. 426.

Linie darauf an, was für eine Wirkung vereinbart ist. Ist über diese nichts abgemacht, so wird die Leistung an den Unternehmer nach dem bis zur Kündigung bereits Gelieferten zu bemessen sein[3]).

II. Abschnitt:

Das Kündigungsrecht aus § 650 B. G. B.

§ 17. 1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung.

In einem Spezialfalle hat das Gesetz selbst die Wirkung einer vom Besteller erklärten Kündigung abgeschwächt, wenn nämlich dem Werkvertrage ein Kostenanschlag zugrunde gelegt ist, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für dessen Richtigkeit übernommen hat, und es sich ergibt, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlages ausführbar ist (§ 650 B. G. B.). Wollte man es bei der im vorigen Abschnitte behandelten Wirkung der Kündigung aus § 649 belassen, so würde der Besteller in die Zwangslage versetzt werden, entweder für das Werk einen den Voranschlag bedeutend übersteigenden Preis zu bezahlen, oder die volle Vergütung zu entrichten, ohne das Werk zu erhalten. Daß der Besteller hierdurch von einer unbilligen Härte betroffen werden würde, und es eher angängig ist, dem Unternehmer, der sonst die Extraarbeiten regelmäßig bezahlt bekommt, die Vergütung für vorgesehene, aber nicht ausgeführte Arbeiten abzuziehen[1]), muß außer Zweifel bleiben. Trotzdem bezeichnet Lotmar[2]) es als „merkwürdig", daß dem Unternehmer durch den Kündigungsakt des Bestellers ein Teil der Vergütung genommen

---

[3]) s. Oertmann a. a. O., § 649, Anm. 3; Staudinger a. a. O., § 649, Anm. II, 1; R. G. E. im Recht 09, II Ziff. 2937.

[1]) Scherer, Schuldverhältnisse, § 650, Anm. 4.

[2]) a. a. O., Bd. 2, S. 722.

werden könne[3]). Es ist schon oben erwähnt, daß bei Abfassung des Justinianeischen Gesetzgebungswerkes das erwähnte Fragment von Labeo über Kündigung einer loc. cond. operis mit Kostenanschlag aufgenommen ist. Hinsichtlich der Handhabung der Hermeneutik durch die verschiedenen Pandekten-Interpretatoren wird auf das bereits Gesagte Bezug genommen. Im gemeinen Rechte ist auf Grund der l. 60. § 4 D. loc. cond. (19, 2) dem Besteller bei erheblicher Überschreitung des Kostenanschlages ein Rücktrittsrecht zugesprochen, das nur eine Bezahlung des bereits Gefertigten erheischte[4]). Nur Danckwardt macht auf Grund seiner Interpretation der Quellenstelle diese Folge davon abhängig, daß der Besteller den Unternehmer zur Anfertigung des Kostenanschlages aufgefordert habe; sonst sei die volle Vergütung zu entrichten[5]). Nach rheinisch-französischem Recht (art. 1794 Code civil) muß der Vertrag stets gegen eine gewisse Summe abgeschlossen sein. Bei einem Werkvertrage über einen Bau hat der entrepreneur nur Anspruch auf Ersatz von Veränderungen und Zusätzen, wenn der Besteller sie schriftlich genehmigt und den Preis verabredet hat (art. 1793). Im preußischen Landrecht und österreichischen B. G. B. fehlt es an einer positiven Kodifikation in der besagten Richtung. Die preußische Doktrin hat das als Lücke empfunden und verlangt deshalb, unter Hinweis auf das gemeine Recht, Anerkennung einer Kündigungsbefugnis mit verhältnismäßiger Vergütungspflicht des Bestellers bei erheblicher Überschreitung des Kostenanschlages[6]).

---

[3]) Oertmann hält (§ 645, Anm. 2), Lotmar dagegen die Folgen einer zufälligen Vernichtung des Werkes (§ 644) vor.

[4]) Windscheid-Kipp, § 402, Anm. 10 und Dernburg Pand., § 113, Anm. 10.

[5]) Danckwardt in Jh. Jahrbuch, Bd. 13, S. 332, Anm. 3. Windscheid (s. Anm. 1) sagt die Auffassung Danckwardts sachlich zu, er glaubt aber, und wohl mit Recht, daß diese Auslegung nicht den Sinn der Stelle treffe.

[6]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, II, § 200 und Anm. 29. ebenda.

In Förster-Eccius „Preußischem Privatrecht" wird die dem Besteller günstigere Wirkung seiner Kündigung wegen Kostenanschlagsüberschreitung allerdings auf den Fall eingeschränkt, daß er das Material zu liefern hat. In diesem Falle sei sie dadurch begründet, daß er sich zu keiner Weiterlieferung verpflichtet habe[7]). Die neuere Gesetzgebung hat der Forderung der Rechtswissenschaft Rechnung getragen, denn das sächsische B. G. B. (§ 1253), der hessische Entwurf (art. 238) und der Dresdener Entwurf (art. 653) haben, wenn der Anschlag erheblich bezw. um ein Zehnteil überschritten wird, eine dem gemeinen Rechte analoge Regelung der Pflichten des Bestellers vorgesehen: er hat nur die geleistete Arbeit und die nicht in die Vergütung einbegriffenen Auslagen zu vergüten. Die genannten zwei Entwürfe geben außerdem dem Besteller den Einwand an die Hand, daß der Unternehmer bei Anfertigung des Anschlages dolos oder grobfahrlässig gehandelt habe. In diesem Falle solle er jeden Anspruch aus dem Werkvertrage verlieren[8]). Die erste Kommission zum Entwurf eines B. G. B. hat neben der letztgenannten Haftungsbeschränkung überhaupt die Aufnahme einer die Folgen der Kündigung bei Überschreitung eines Kostenanschlages besonders regelnden Bestimmung mit der Begründung abgelehnt, daß es sich um einen Irrtum im Beweggrunde handle, der nach allgemeinen Grundsätzen nicht beachtlich sei, und hat — unter Anerkennung der Schwierigkeit eines Schuldbeweises — eine Abweichung von dieser Regel für nicht erforderlich gehalten[9]). Dem ist entgegenzuhalten, daß der Besteller den Voranschlag als Anhalt für die Vergütung angesehen hat, und daß der Unternehmer dies auch annehmen mußte. Wegen dieser besonderen Umstände und weil, abgesehen von dem selteneren Falle, daß der Unternehmer den Kostenanschlag auf Grund einer vertraglichen

---

[7]) Förster-Eccius a. a. O., II, § 138 (S. 289).

[8]) Vgl. auch den zu Gunsten des Bestellers sehr weitgehenden Artikel 366 des schweiz. Bundesges.

[9]) Mot. II, S. 504.

Verpflichtung aufgestellt hat[10]), ein Verschulden bei Aufstellung des Anschlages meist schwer nachzuweisen ist, hat die Kommission für die zweite Lesung den Standpunkt ihrer Vorgängerin verlassen[11]), indem sie in den Entwurf II den § 585 (R.=V.: § 640), inhaltlich den jetzigen § 650 B. G. B. einfügte, der die Pflichten, die der Besteller nach § 649 hat, beschränkt. Von der Anwendung dieses Paragraphen 650 auf die Grenztypen des Werkvertrages gilt das schon zu § 649 im vorigen Abschnitt Gesagte.

2. Kapitel: Voraussetzungen der Kündigung.

§ 18. A. Dem Werkvertrage muß ein unverbindlicher Kostenanschlag zugrunde gelegt sein.

Voraussetzung für die Kündigung aus § 650 B. G. B. ist erstens, daß dem Werkvertrage ein Kostenanschlag zugrunde gelegt ist. Was ein Kostenanschlag[1]) ist, sagt Lotmar II S. 442: „Berechnung von Aufwendungen, die aus Sachleistungen, Amortisationen und Verzinsung des vom Arbeiter als Unternehmer in den Arbeitsmitteln angelegten Kostenkapitals bestehen". Es sind das natürlich nur Kosten, die den Besteller belasten. Durch deren Vorausberechnung soll entweder die Vergütung substanziiert, oder nur ein Anhalt für ihre voraussichtliche Höhe gegeben werden. Trifft jenes zu, so übernimmt der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Kostenanschlages derart, daß der Besteller kein Mehr als die im Kostenanschlage festgesetzte Summe zu zahlen

---

[10]) In den Mot. (II, S. 504) wird fälschlich davon ausgegangen, daß dieses immer der Fall sei.

[11]) Prot. II, S. 336.

[1]) Vgl. dazu Rspr. der O. L. G., Bd. 17, S. 427.

braucht[2]). Die Vergütung findet nach oben und unten in dem Anschlage ihre Grenze, gleichgültig ob mehr unvorhergesehene Aufwendungen an Arbeit oder Sachleistungen gemacht werden, oder ob durch ein Sinken von Löhnen oder Preisen eine Herstellung unter Anschlag ermöglicht wird[3]). Der Unternehmer spekuliert in diesem Falle auf eigene Gefahr. Seine Aufwendungen können im einzelnen von denen des Anschlages abweichen; die Verpflichtung des Bestellers wird davon nicht berührt[4]). Dagegen kann der Unternehmer insoweit nicht die veranschlagte Vergütung verlangen, als er durch Verwendung von billigerem als dem in Aussicht genommenen Material — es sei denn, daß der Besteller dieses Verfahren ohne Beanstandung der Ansätze im Anschlage gebilligt hat — Ersparnisse gemacht hat.

Hat ein Kostenanschlag den Sinn einer nur *gutachtlichen Übersicht* über die Arbeit, und einer ungefähren Angabe der Kosten, so ist der wirkliche Betrag als Vergütung zu zahlen, sowohl wenn er unter dem Voranschlag bleibt, als auch wenn er diesen übersteigt[5]). Unter wirklichen Kosten sind die Arbeiten und Kosten, die die Herstellung des Werkes mit sich bringt, zu verstehen[6]). Eine Vermutung dafür, welche Bedeutung der Kostenanschlag im konkreten Falle hat, läßt sich nicht aufstellen. Was gewollt ist, ist nach den Umständen und der Verkehrssitte (§ 157 B. G. B.) zu beurteilen. Nur wenn der *Unternehmer keine Gewähr für die Richtigkeit des Anschlages übernommen* hat, hat

---

[2]) Planck a. a. O., § 650, Anm. 1; Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 3; Cosack, § 148 III, 2 b; Enneccerus, § 375, 2; Crome, Schuldverh., S. 702; Riezler a. a. O., S. 131. Anders wenn den Besteller ein Verschulden trifft)(Staudinger, § 650, Anm. 1 a β).

[3]) Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 3.

[4]) Riezler a. a. O., S. 131; Oertmann Komm., § 650, Anm. 3; O. L. G. Marienwerder in Seuff. Arch., Bd. 55, Nr. 200 (S. 396).

[5]) Nach den allgem. Vorschr. kann der Vertrag evtl. wegen Irrtums oder Betruges angefochten werden (§§ 119 ff., 123 ff.).

[6]) Goldmann-Lilienthal, S. 671, Anm. 9.

der Besteller nach dem Obengesagten Anlaß, seine Vergütungspflicht durch eine Kündigung zu modifizieren. Deshalb hat der § 650 auch nur diese Art von Kostenanschlägen zur Voraussetzung.

Ein solcher Kostenanschlag muß dem Werkvertrage „zugrunde gelegt“ sein. Damit wird gesagt, daß die Parteien auf den Anschlag Bezug genommen haben müssen, in seinem Rahmen die Herstellung des Werkes gewollt haben. Es genügt nicht, daß nur der Unternehmer auf den Anschlag Bezug nimmt[7]). Er allein kann ihn nur seinen Erklärungen, aber nicht einem Vertrage zugrundelegen.

Daß der Anschlag beim Vertragsabschluß fertig vorliegt, ist nicht erforderlich[8]); er kann, was bei größeren Werken häufig vorkommt, erst später aufgestellt werden.

Die Anfertigung braucht nicht durch den Unternehmer zu geschehen[9]), sie kann auch durch dritte Sachverständige erfolgen.

Schriftlichkeit ist kein Erfordernis, der Kostenanschlag kann auch in mündlichen Besprechungen geschaffen werden; es ist nur nötig, daß die Parteien ihn wirklich als Kostenanschlag angesehen haben.

---

[7]) Was Crome II, S. 702, Anm. 4 fordert.

[8]) Planck a. a. O., § 650, Anm. 2 b;
Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 1 b;
Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 671.

[9]) Planck a. a. O., § 650, Anm. 2;
Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 1 a α;
Staudinger a. a. O., § 650, Anm. 2;
Enneccerus a. a. O., § 375, Anm. 2;
Crome II, S. 702, Anm. 4;
Lotmar, Bd. 2, S. 555, Anm. 4;
Riezler a. a. O., S. 132.

§ 19. B. Es muß sich ergeben, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlages ausführbar ist.

Um bei der Kündigung eines Werkvertrages mit unverbindlichem Kostenanschlage den Anspruch des Unternehmers niedriger zu gestalten, als im § 649, ist ferner erforderlich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlages ausführbar ist. Wann die Überschreitung eine „wesentliche" ist, ist quaestio facti; sie kommt besonders häufig bei Terrainschwierigkeiten, bei Fundamentierung und Hausabbruch vor. Daß der Besteller sich eine geringe Überschreitung gefallen lassen muß, liegt daran, daß er auf einen unverbindlichen Anschlag hin kontrahiert hat.

Daß der Anschlag im Zeitpunkt der Kündigung bereits wesentlich überschritten sein müsse, verlangt das Gesetz nicht, es muß nur feststehen, daß dies zur Vollendung des Werkes erforderlich sein wird.

Der **Anlaß** der Überschreitung des Anschlages ist **im allgemeinen gleichgültig**. Häufig wird er in baupolizeilichen Monituren zu finden sein. Insbesondere ist ein Verschulden des Unternehmers bei Anfertigung des Anschlages zur Begründung des Kündigungsrechtes nicht erforderlich. Trifft ihn Arglist, so kann der Besteller nach § 123 B. G. B. anfechten und Schadensersatz nach § 826 B. G. B. verlangen. Hat er fahrlässig gehandelt, so muß er den Anschlag auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung hergestellt haben, um schadensersatzpflichtig zu sein. Die Wirkung von § 650 wird dadurch nicht berührt. Dazu bedarf es nach wie vor der Kündigung[1]).

Der Besteller ist nicht gehindert nach § 650 zu kündigen, wenn die Überschreitung durch ein unerwartetes Steigen der Löhne oder Materialpreise verursacht ist[2]).

[1]) Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 1 b γ;
Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 556.

[2]) Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 1 b γ;

Nur in einem Falle beseitigt die Veranlassung dazu, daß der „Anschlag" wesentlich überschritten wird, **die Kündigung aus § 650.** Im täglichen Leben kommt es häufig vor, daß nach Abschluß eines Werkvertrages der Besteller Änderungen bei der Ausführung des Baues — oder was das Werk sonst darstellt —, haben möchte, bei deren Ausführung der Kostenanschlag überschritten werden würde. Den sachverständigen Unternehmer trifft dann die Pflicht, den nicht sachverständigen Bauherrn hierauf aufmerksam zu machen. Erteilt dieser trotzdem auf die Änderung abzielende Anweisungen, so fällt der Hauptgrund für die Kündigung aus § 650: der Verlaß des Bestellers darauf, daß der Anschlag den wirklichen Kosten entspricht, weg, und auch sein Recht, mit dem ihm günstigen Folgen aus § 650 zu kündigen[3]). Eine Kündigung nach § 649 bleibt ihm natürlich unbenommen.

§ 20. C. Der Besteller muß aus dem unter B. genannten Grunde kündigen.

Der § 650 verlangt schließlich, daß der Grund der wesentlichen Überschreitung des Kostenanschlages bei der Kündigung kenntlich gemacht wird. Hat der Besteller dies unterlassen, so treten die Folgen des § 649 ein. Diese kann er durch spätere Hinzufügung des Grundes ohne Zustimmung des Unternehmers nicht mehr in die Folgen des § 650 umwandeln[1]).

Der Besteller hat, wenn er sich auf den ihm günstigen § 650 berufen will, zu beweisen, daß alle Voraussetzungen erfüllt sind.

---

[3]) So auch Cosack, § 148 III, 2 b;
Riezler a. a. O., S. 132, Anm. 4; und Lotmar a. a. O., II, S. 555, Anm. 4. Die beiden Letzteren wenden sich gegen die Ausdrucksweise Cosacks: „Das Kündigungsrecht falle fort", da eine Kündigung nach § 649 bestehen bleibe.

[1]) So auch Oertmann a. a. O., § 650, Anm. 1 b.

3. Kapitel: Die Wirkungen der Kündigung.

§ 21. I. Auf die Pflichten des Unternehmers.

Auf die Pflichten des Unternehmers übt die Kündigungserklärung nach § 650 dieselbe Wirkung aus wie die nach § 649 erfolgte Kündigung.

II. Auf die Pflichten des Bestellers.

§ 22. 1. Die Höhe des Unternehmer-Anspruchs.

Der Vorteil einer Kündigung aus § 650 liegt darin, daß hier, entgegen der Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung der vollen Vergütung mit den Abzügen des zweiten Halbs. in Satz 2 von § 649, dem Unternehmer nur der Anspruch auf „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ zusteht. Es ist wohl zu beachten, daß die Vergütung nicht aus dem Wertverhältnis des bisher hergestellten Arbeits**produktes** zum ganzen Werke berechnet wird. Bei der Berechnung des zu zahlenden Teiles der Vergütung (v) braucht man sich nur klar darüber zu sein, daß dieser zur vollen Vergütung (V) in demselben Verhältnis steht, wie die auf das tatsächlich Geleistete verwendete Arbeit (a) zu der auf die vollständige Herstellung des Werkes nötige Arbeit (A)[1]. Daraus ergibt sich, daß $v = \frac{V \cdot a}{A}$.

Sobald daher die Größen V, a, A ermittelt sind, wenn z. B. die Vergütung auf 500 ℳ veranschlagt ist, die Zahl der für das ganze Werk erforderlichen Arbeitsstunden 100 beträgt, und 90 Stunden bis zur Kündigung gearbeitet ist, so ist der Be-

---

[1]) Oertmann a. a. O., § 645, Anm. 2; Crome, Bürgerl. Recht, S. 699, Anm. 40; Goldmann-Lilienthal, S. 665, Anm. 20; Dernburg, Bürg. Recht II, 2, § 318, Anm. 11.

steller $\frac{500 \cdot 90}{100} = 450$ ℳ schuldig. Zu bemerken ist dabei, daß die geleistete Arbeit sich nicht immer nur aus den Arbeitsstunden, -tagen oder -wochen zusammensetzt, sondern es ist auch z. B. ein bereits ausgearbeiteter Plan[2]), dessen Ausführung vielleicht weniger gekostet haben würde als seine Aufstellung, mit zu bewerten.

Außer dem im vorigen Absatze genannten Anspruche hat der Unternehmer einen weiteren auf „*Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen*“, und zwar ohne Rücksicht auf die bereits geleistete Arbeitsmenge. Es sind daher alle bis zur Kündigung auf das Werk gemachten Auslagen zu erstatten. Häufig ist eine Pauschalvergütung bedungen, in der die Auslagen mit enthalten sind. In solchen Fällen sind die bereits gemachten Auslagen nicht noch neben dem Teil der Vergütung zu ersetzen, damit eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers vermieden wird. Darum dürfen die Auslagen aber nicht außer Acht gelassen werden, denn wenn sie zum Teil gemacht sind, so gebührt dem Unternehmer mehr. Man wird der von Oertmann[3]) vorgeschlagenen Berechnungsmethode folgen können, wonach erst der Wert aller Auslagen von der Pauschalvergütung abzuziehen, darauf der Teil der Vergütung zu berechnen ist, und diesem schließlich die gemachten Auslagen nach ihrem Schätzungswerte zuzuschreiben sind. Es ist zu betonen, daß die Auslagen nach ihrem Schätzungswert, nicht nach ihrer wirklichen Höhe, in der sie gemacht sind — wie in dem Falle, wo sie neben der Vergütung versprochen sind —, dem Unternehmer gutzuschreiben sind[4]).

---

[2]) Dernburg a. a. O., § 318, Anm. 11; vgl. auch Lotmar a. a. O., Bd. 2, S. 610 und 722.

[3]) Komm. Anm. 2 c zu § 645 B. G. B. Ihm sich anschließend Staudinger a. a. O., § 645 II, 1 c und Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 665.

[4]) Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 665, Anm. 21.

§ 23. 2. Die Rechtsnatur des Unternehmer-Anspruchs.

Der Umfang des Unternehmer-Anspruchs wird in § 650 durch Verweisung auf den Anspruch in § 6 4 5 , A b s. 1 B. G. B. bestimmt. Ein innerer Zusammenhang besteht aber nicht zwischen diesen zwei Paragraphen, denn im § 645 B. G. B. erhält der Unternehmer den Anspruch dadurch, daß das Werk infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer vom Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergeht, verschlechtert oder unausführbar wird; und ferner dadurch, daß der zur Mitwirkung bei Herstellung des Werkes verpflichtete Besteller nach gesetzter Frist seine Handlung nicht nachgeholt hat. Hier also Umstände, die der Besteller zu vertreten hat, im § 650 bei Überschreitung des Kostenanschlages dagegen nichts derartiges! Die Verknüpfung des § 650 mit § 645 kann daher nur äußerlich sein und dem Streben der Redaktoren nach kurzer Fassung entstammen.

Der Anspruch des Unternehmers ist seiner rechtlichen Natur nach ein vertraglicher Entgelt-, kein Schadensersatzanspruch. Das ergibt sich grammatisch daraus, daß er aus einem „Teil der Vergütung" besteht, was bei einem Ersatzanspruch wohl nicht gesagt sein würde (vgl. § 642 B. G. B.). Auf seine Vertragsnatur weist weiter der Umstand hin, daß er unverkennbar zu dem weitergehenderen Anspruch des § 649 durch das Wörtchen „nur" in Beziehung gesetzt ist. Dieser ist aber, wie wir bereits festgestellt haben, ein Entgeltanspruch. Riezler[1]) setzt unserer rechtlichen Auffassung die Erwägung entgegen, daß ein Anspruch auf einen Teil der vereinbarten Vergütung selbst dem Wesen des Werkvertrages, bei dem „Vergütung" erst bei vollständiger Herstellung des Werkes gezahlt werde, widerspreche. Es könne sich nur um einen Schadensersatz für vergeblichen Aufwand an Zeit, Mühe und Auslagen handeln[2]). Riezler ist mit seiner Annahme sofort geschlagen, wenn man ihm entgegen hält, daß

---

[1]) a. a. O., S. 147.

[2]) Ders. Ansicht ist Lotmar a. a. O., S. 640.

der Schaden des Unternehmers durch den ihm gewährten Anspruch auf die ganze vereinbarte Vergütung bisweilen gar nicht gedeckt wird. Gegen diesen Einwand hat Riezler nur die matte Replik, es liege hier eben ein eigentümlicher Schadensanspruch vor, die Ausnahme müsse aus Billigkeitsrücksichten gelten[3]). Ehe man zu solcher Begründung greift, ist m. E. der von uns eingeschlagene Weg vorzuziehen[4]).

§ 24. 4. Kapitel: Die Anzeigepflicht des Unternehmers, wenn eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlages zu erwarten ist.

Steht eine zur Vollendung des Werkes notwendige, wesentliche überschreitung des nicht gewährleisteten Kostenanschlages zu erwarten, so wird der Unternehmer, der meist sachverständig ist, dies eher erkennen, als der Besteller. Es könnte ihm nun daran liegen, die überschreitung des Anschlages dem Besteller zu verheimlichen und sich durch die Fortsetzung der Arbeit Kredit zu verschaffen. Die für den Besteller nachteilige Folge würde sein, daß er infolge Nichtausübung der erwachsenen Kündigungsbefugnis der Vorteile des § 650 gegenüber § 649 verlustig ginge. Um das zu verhindern, hat das Gesetz in § 650, Abs. 2 dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, dem Besteller unverzügliche Anzeige von einer erheblichen Anschlagsüberschreitung zu machen[1]), d. h. eine dahingehende empfangsbedürftige Willenserklärung zur Kenntnisnahme abzugeben, und zwar hat das unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) zu geschehen. Eine willkür-

---

[3]) Riezler a. a. O., S. 640.

[4]) Für den Vertragsanspruch: Oertmann a. a. O., § 645, Anm. 2; Staudinger a. a. O., § 645 II, 1 a (u. dort Zit.); Rümelin a. a. O., S. 291.

[1]) Eine Rechtspflicht zu einer Anzeige, wenn die veranschlagte Summe als feste Vergütung vereinbart ist, entbehrt des angeführten Grundes, aus dem § 650, Abs. 2 geschaffen ist, und kann daher auch nicht auf diese Vorschrift gestützt werden.

liche Zeit zur Anzeige würde ebenfalls die Vorteile aus § 650 gegenüber § 649 auf ein Minimum herabsetzen können[2]).

Ein schuldhaftes Unterlassen oder Verzögern der Anzeige verpflichtet den Unternehmer zum Ersatze des daraus erwachsenen Schadens[3]). Hat der Besteller in dem Zeitpunkte, wo der Unternehmer hätte anzeigen müssen, bereits Kenntnis von der Überschreitung des Kostenanschlages, so fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhange zwischen Schaden und Unterlassung der Anzeige. Ein Kennenmüssen des Bestellers ist nach § 254 B. G. B. zu beurteilen[4]). Bei Feststellung des Maßes des Ersatzes ist davon auszugehen, daß der Besteller in dem Zeitpunkte gekündigt haben würde, in dem es ihm bei rechtzeitiger Anzeige möglich gewesen wäre. Der Ersatzanspruch geht daher vor allem auf das Plus an Vergütung, die für nach dem kritischen Zeitpunkte geleistete Arbeit geschuldet wird[5]). Die Werterhöhung, die das Werk durch Arbeit und Auslagen nachher erhalten hat, steht nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung dem Unternehmer zu. Dieser Anspruch wird jedoch häufig hinfällig sein, weil ihm die Schadensersatzforderung des Bestellers als die höhere entgegensteht.

§ 25. III. Abschnitt: Kein Kündigungsrecht nach Analogie von §§ 626 und 627.

Außer dem unbeschränkten Kündigungsrechte im § 649 und dem Kündigungsrecht wegen Überschreitung des Kostenanschlages im § 650 B. G. B. ist kein weiteres in den Titel

[2]) Prot. II, S. 336; Planck a. a. O., § 650, Anm. 3.

[3]) Planck a. a. O.;
Oertmann, § 650, Anm. 2;
Staudinger, § 650, Anm. 2 f.
Komm. d. R.-G.-Räte, § 650, Anm. 2.

[4]) Staudinger a. a. O., § 650, Anm. 2 f; Matthiaß a. a. O., S. 334; Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 672, Anm. 11.

[5]) Planck a. a. O., § 650, Anm. 3; Staudinger a. a. O.; s. dazu O. L. G. Köln in Puchelts Zeitschr., Bd. 35, S. 459.

des Werkvertrages aufgenommen. Rümelin[1]) tritt aber eifrig dafür ein, daß es erforderlich sei, das Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim Dienstvertrage unter der Voraussetzung, daß ein „wichtiger Grund" vorliegt, auf den Werkvertrag zu übertragen. Gründe rechtspolitischer Natur sind es, die Rümelin zur Forderung der analogen Anwendung veranlassen. Er führt als Beispiel an, daß es ungerechtfertigt sein würde, wenn es dem Besteller versagt sein sollte, einer unfähigen oder unverschämten Schneiderin, die gegen Bezahlung für das fertige Kleid im Kundenhause arbeite, mit den für den Besteller hinsichtlich der Bezahlung und des Schadensersatzes günstigen Folgen des § 628 wegen Vorliegen eines „wichtigen Grundes" zu kündigen, während ihm dieses Recht zustände, sobald die Schneiderin für ihre täglichen Dienste bezahlt werde. Das Kündigungsrecht des § 649 genüge nicht, weil hier die volle Vergütung zu zahlen sei. Eine analoge Anwendung des § 626 beim Werkvertrage wird nach Rümelin auch von der billigen Rücksichtnahme auf das Interesse des Unternehmers diktiert. Der beim Besteller gegen Bezahlung für das fertige Kleid arbeitenden Schneiderin sei es sonst, wenn ihr dort unsittliche Anträge gestellt würden, nicht gestattet, mit der Arbeit aufzuhören, während sie bei Tagelohn als Dienstverpflichtete gemäß § 626 kündigen könne.

Seine Forderung, § 626 auch beim Werkvertrage gelten zu lassen, begründet Rümelin rechtlich folgendermaßen. Das Motiv für das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde beim Dienstvertrage liege darin, daß hier eine *persönliche Beziehung der Kontrahenten zu einander oder zur Leistung* vorliege, wenn diese in Person geschehen müsse. Nur wenn der Grund mit diesem persönlichen Verhältnis zusammenhänge, wenn z. B. wegen Unfähigkeit oder Krankheit nichts geleistet werde, oder eine Partei sich eine Ehrverletzung, unsittliche Zumutung usw. zuschulden kommen lasse, könne von einem „wichtigen Grunde" im Sinne des

---

[1]) a. a. O., S. 292 ff.

Gesetzes gesprochen werden[2]), dagegen gäben Umstände wie, daß der Dienstverpflichtete heiraten wolle, an dem betr. Orte eine Seuche ausgebrochen sei, der Betrieb, in dem er beschäftigt sei, nichts mehr einbringe, keinen Kündigungsgrund ab[3]). Rümelin bezieht sich auf die Ansicht Plancks, der ebenfalls auf die persönliche Beziehung hinweist, und die in §§ 71, 72 H. G. B. aufgezählten Beispiele von wichtigen Gründen. Eine derartige persönliche Beziehung, deduziert Rümelin weiter, bestehe bisweilen — wenn auch seltener — in gleicher Empfindlichkeit beim Werkvertrage; es könne sich daher auch beim Werkvertrage ein wichtiger Grund für eine der Parteien ergeben, ihrer Verpflichtungen sofort ledig zu werden. Bei Vorliegen solcher Umstände, vor allem, wenn die Intention des Rechtsgeschäfts außerdem auf eine Subjektion des Unternehmers gehe, sei die analoge Anwendung der Kündigung aus § 626 „dringend geboten"[4]). Rümelin verschließt sich der Tatsache gegenüber nicht, daß seiner Theorie große Bedenken entgegenstehen. Er macht auch den Versuch, einzelne, aus ihm selbst entstandene Gegengründe zu widerlegen. Vor allem erinnert er immer wieder an das ohne Anwendung seiner Theorie unbefriedigende Resultat in Fällen wie dem obengenannten Werkvertrage mit der Schneiderin.

Ich neige zwar auch zu der Auffassung, daß hier die Versagung des Kündigungsrechtes etwas hart erscheint, kann mich aber trotzdem Rümelins Lösung nicht anschließen. M. A. n. stehen einer Übertragung des Kündigungsrechtes aus § 626 auf den Werkvertrag zu große rechtliche Bedenken entgegen. Ein wichtiger Grund kann auch außerhalb persönlicher Beziehungen in objektiven Gründen liegen. Das wird auch in den Motiven[5]) zugegeben, indem dort allgemein „das ohne Pflichtversäumnis erfolgende Eintreten einer

---

[2]) Vgl. auch Endemann a. a. O., § 174, 4 a.

[3]) Anderer Ansicht: Oertmann, § 626, Anm. 2 und Planck, § 626, Anm. 3 a; Crome, Bürg. Recht, Bd. 2, § 260.

[4]) So auch Martius, Bergführervertrag, S. 85.

[5]) II, S. 468.

wesentlichen Änderung der bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigten Umstände" gefordert wird[6]). Daß die Beispiele in §§ 71—72 H. G. B. die persönliche Beziehung aufweisen, ist kein durchschlagendes Gegenargument, da diese Beziehung nur am häufigsten vorhanden ist. Matthiaß und Schollmeyer[7]) führen zwar auch Beispiele an, welche Gründe in der Person eines der Kontrahenten darstellen, lassen aber dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters freien Spielraum und scheinen demnach die Möglichkeit objektiver Gründe nicht zu bekämpfen. Zur allgemeinen Richtschnur wird der Richter nehmen können, was Dernburg a. a. O. als Erfordernis eines wichtigen Grundes zur Kündigung verlangt, daß nämlich „dem einen Teil nach Lage der Umstände billigerweise nicht zugemutet werden kann, den Vertrag fortzusetzen", und daß objektiv in der Kündigung „keine Verletzung der Treupflicht und kein schweres Unrecht" liegt. Im übrigen entscheiden die Verhältnisse des Einzelfalles[8]). Eine analoge Anwendung des § 626 würde demnach nur stattzufinden haben, wenn der wichtige Grund sich auf den persönlichen Beziehungen der Kontrahenten aufbaute, sonst nicht. Dernburg vertritt diesen Standpunkt[9]). Die Richtigkeit des Verfahrens, einen P a r a g r a p h e n n u r a u f e i n e n b e s t i m m t e n T e i l d e r von ihm umfaßten F ä l l e a n a l o g a n z u w e n d e n , muß ich bezweifeln.

Die Übertragung des Kündigungsrechtes in § 626 auf den Werkvertrag geht aber vor allem auch deshalb nicht an, weil der Werkvertrag nach heutigem Rechte jedenfalls nicht mehr als ein Spezialfall des Dienstvertrages angesehen werden kann, sondern selbständig neben diesem steht. Der § 626 ist daher auch nicht als allgemeine Norm für beide Verträge auf-

[6]) So auch die Praxis in O. L. G. E. Stuttgart in Rspr. der O. L. G., Bd. 2, S. 502 u. R. G. E. in Jur. Wochenschr. 02, S. 11, Nr. 26.

[7]) Matthiaß a. a. O., § 122, V. B. 2 (S. 328);
Schollmeyer a. a. O., S. 97.

[8]) s. auch Cosack a. a. O., § 145, 4 a.

[9]) Bürgerl. Recht II, 2, S. 445, Anm. 6.

gestellt. Ein weiteres — nach m. A. das schwerwiegendste — Moment gegen die Ansicht Rümelins, ist die Erwägung, daß eine analoge Anwendung der Bestimmung eines Rechtsinstituts — abgesehen von sonstigen Vorbedingungen — nur dann erfolgen kann, wenn bei dem zu ergänzenden Rechtsinstitut jede gesetzliche Normierung in der Richtung des zu übertragenden Satzes fehlt. Das trifft aber auf den Werkvertrag nicht zu. Nicht nur dem Besteller ist in § 649 ein unbeschränktes Kündigungsrecht eingeräumt, sondern auch das Kündigungsrecht des Unternehmers ist in § 643 geregelt. Daß etwa an eine Kündigung aus wichtigem Grunde bei der Redaktion des Gesetzes garnicht gedacht sei, kann auch nicht behauptet werden, denn in den Motiven[10]) wird besonders gesagt, weshalb von einer dahingehenden Bestimmung abgesehen ist, weil nämlich der Werkvertrag mehr mit dem Veräußerungsvertrage als mit dem Dienstvertrage verwandt sei. M. E. muß die doktrinelle Interpretation da Halt machen, wo sie mit dem Willen des Gesetzes in Widerspruch gerät. Der Richter darf nicht aus Gründen der Zweckmäßigkeit eine Rechtsnorm auf einen ihr fremden Boden im Gesetze verpflanzen, wenn er sich nicht der Rechtsbeugung schuldig machen will[11]). Mit Ablehnung der These Rümelins, die dem Geiste der heftig bekämpften modernen „Freirechtsschule“ huldigt, muß man den Besteller und auch den Unternehmer in solchen wie den von Rümelin angebrachten, aber selten vorkommenden Fällen auf die Vertragsfreiheit verweisen. Alles was im Vorhergehenden gegen die analoge Anwendung von § 626 gesagt ist, ist auch gegen die ebenfalls von Rümelin und auch von Kohler[12]) gewollte Verpflanzung des § 627 in dem Werk-

---

[10]) II, S. 504.

[11]) Lotmar (a. a. O., Bd. 2, S. 826, Anm. 1) erklärt, daß das von Rümelin erlaubte „Übersteigen der gesetzlichen Schranken in jedem Sinne transzendental und daher indiskutabel, sicherlich jenseits des geltenden Jurisprudenzbegriffes“ sei.

[12]) Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 13, S. 250.

vertrag anzuführen. Planck[13]) hat den aus der Definition des „wichtigen Grundes" von Rümelin gezogenen Schluß nicht gewagt, sondern verneint die Anwendung der §§ 626, 627 auf den Werkvertrag. Besondere Gründe hierfür führt er ebensowenig an wie Oertmann[14]) und Staudinger[15]), die die in dieser Abhandlung vertretene Meinung im Endergebnis teilen. Riezler[16]) und Hachenburg[17]) sprechen sich über die Streitfrage nicht besonders aus, da sie jedoch eine möglichste Differenzierung des Werkvertrages vom Dienstvertrage anstreben, dürften auch sie der im vorliegenden Punkte entgegengesetzten Tendenz Rümelins kaum folgen. Es bleiben somit für den Besteller an gesetzlichen Kündigungsrechten nur die im Titel des Werkvertrages unter § 649 und § 650 normierten.

---

[13]) § 626, Anm. 2.

[14]) Komm. § 626, Anm. 9.

[15]) § 626, Anm. IV.

[16]) a. a. O., S. 31.

[17]) Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 3.

Schluß.

§ 26. Die Grenzen des Anwendungsgebietes der Kündigung aus § 650 und § 649.

Nicht genug damit, daß Rümelin, wie wir eben gesehen haben, positiv tätig ist, indem er dem Besteller (und Unternehmer) ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde verschaffen will; derselbe Schriftsteller reißt auch nieder: Er behauptet[1]), daß ein Vertrag mit unverbindlichem Kostenanschlage niemals ein Werkvertrag sein könne, vielmehr handle es sich bei einem derartigen Kontrakte „nach Hamburger Norm" jedesmal um einen Dienstvertrag, bei dem der Unternehmer — in dem Hauptfalle des Bauvertrages der Architekt — nur als direkter Stellvertreter des Bestellers (des Bauherrn) fungiere; ihm liege nur Leitung und Überwachung des Werkes ob[2]). Ein Zeichen für die Annahme, daß der Bauherr und nicht der Werkmeister die Gefahr trage, sei, daß Ersterer die Versicherung gegen Feuer abschließe, sobald das Haus unter Dach sei. Rümelin kommt so zu der Konsequenz, daß § 650 B. G. B. auf einen Werkvertrag überhaupt nicht anwendbar sei, trotzdem er unter dessen Bestimmungen stände, und unter die Bestimmungen über den Dienstvertrag herübergenommen werden müsse. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß

---

[1]) a. a. O., S. 155 und 300.

[2]) Rümelin beruft sich hierfür auf d. Entsch. in Seuff. Arch., Bde.: 10, S. 256 und 33, S. 297. Die seiner Annahme widersprechende Entsch. in Bd. 18, Nr. 33, in der trotz der Überwachungspflicht des Architekten und des nach Arbeitstagen zu berechnenden Lohnes wegen der Verdingung der **Bauvollendung** ein Werkvertrag angenommen wird, erkennt er nicht an.

eine große Zahl von Bauverträgen mit unverbindlichem Kostenanschlage in Wahrheit Dienstverträge sind. Es werden aber auch unverbindliche Kostenanschläge bei Verträgen zugrunde gelegt, die entschieden als Werkverträge angesprochen werden müssen, namentlich bei kleineren Bauwerken, Erdarbeiten, Gartenanlagen usw., vor allem, wenn diese von dem Werkmeister selbst in Person ausgeführt werden. Eine Herübernahme von § 650 in den sechsten Titel steht im krassesten Widerspruche mit der systematischen Anordnung des Gesetzes. Ist einem Dienstvertrage ein Kostenanschlag zugrunde gelegt, so bieten auch §§ 626, 627 genügend Raum für eine Kündigung[3]).

Oertmann[4]) zögert, ob er den Versuch Rümelins unterstützen soll, den § 650 aus dem ihm von den Gesetzgebern angewiesenen Gebiete zu eliminieren und in das des Dienstvertrages zu übernehmen. Jedenfalls will er auf die Fälle, die sich als Dienstverträge charakterisieren, den § 650 analog anwenden. Das geht ebensowenig an, wie eine analoge Anwendung des § 626 auf den Werkvertrag.

Auch dem Kündigungsrechte aus § 649 will Oertmann wie auch Rümelin und Kohler[5]) außer dem Werkvertrage auch andere Verträge, besonders den Dienstvertrag erobern. Die Gründe, mit denen sie kämpfen, sind folgende. Nach allgemeinem Prinzip brauche der Berechtigte beim Dienstvertrage ebensowenig die Tätigkeit der Gegenseite anzunehmen als beim Werkvertrage, er könne die Arbeit jederzeit verbieten. Man müsse z. B. einer in Tagelohn beschäftigten Schneiderin, die mit sichtlichem Ungeschick den Stoff verschneide, die Weiterarbeit (aus § 649) verbieten können; die Kündigung aus wichtigem

---

[3]) Gegen Rümelin auch: Planck, § 650, Anm. 1, und Staudinger, § 650, Anm. 1 b.

[4]) Komm., § 650, Anm. 3.

[5]) Oertmann Komm., § 649, Anm. 5; Kohler im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 251; Rümelin a. a. O., S. 288 ff.; Ebenso im Resultat Martius a. a. O., S. 17; a. M. Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 178, 4; anscheinend auch Decker a. a. O., S. 22, Anm. 4.

Grunde (§ 626) reiche hier nicht aus. Beim Dienstvertrage (§ 615) müsse sich der Verpflichtete Abzüge gefallen lassen, falls der Berechtigte in Annahmeverzug gerate. Es sei gerechtfertigt, wenn der Dienstberechtigte dieses Resultat statt durch Annahmeverzug (§ 295 B. G. B.) durch die einfache Erklärung, nicht anehmen zu wollen (= Kündigung), herbeiführen könne.

Mag man diese Gründe für noch so zutreffend halten; de lege lata wird man m. E. nichts damit auszurichten vermögen. Das Gesetz bestimmt, daß ein Dienstverhältnis im allgemeinen — ich sehe dabei von den §§ 624, 627 ab — nur aus wichtigem Grunde (§ 626 B. G. B.) unbefristet einseitig gelöst werden könne. Damit hat das Gesetz eine willkürliche Kündigung von irgend einer Seite unterbinden wollen. Hätte dem Berechtigten freie Hand gelassen werden sollen, so würde in § 626 statt der Worte „von jedem Teile" „von den Dienstverpflichteten" gesetzt sein. Bei einer gesonderten Regelung des Kündigungsrechtes im Titel des Dienst- wie des Werkvertrages kann m. E. neben und entgegen diesen Bestimmungen eine weitere Befugnis zur Vertragsauflösung für die Zukunft nicht bestehen. Wird ein Dienstvertrag vom Berechtigten grundlos gekündigt, so wird der Vertrag nicht aufgehoben; der Berechtigte kann in Annahmeverzug kommen[6]).

Zu seiner Forderung einer analogen Anwendung des § 649 auf den Dienstvertrag bemerkt Rümelin am Schlusse seiner Erörterungen über das Kündigungsrecht[7]), daß dieser Paragraph aber „ebenso nicht oder ebensowenig zum Dienst- wie zum Werkvertrage passe".

Diese negative Ansicht hoffe ist ebenso wie die, daß der § 650 B. G. B. nicht ins Gebiet des Werkvertrages gehöre, in dieser Abhandlung widerlegt zu haben.

---

[6]) R. G. in Bl. f. Rechtsanwendg. 02, Nr. 11 (S. 109).

[7]) a. a. O., S. 291.